



Centro Universitário de Brasília
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD

DOUTORADO EM DIREITO

CLARICE G. OLIVEIRA

**O DESLOCAMENTO DA FUNÇÃO DE LEGISLAR PARA O GOVERNO:
A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO NAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E
A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Brasília - DF

2019

CLARICE G. OLIVEIRA

**O DESLOCAMENTO DA FUNÇÃO DE LEGISLAR PARA O GOVERNO:
A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO NAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E
A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Tese apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Brasília - DF

2019

G. OLIVEIRA, Clarice.

O deslocamento da função de legislar para o governo: a interdependência entre Executivo e Legislativo nas medidas provisórias e a intervenção do judiciário / Clarice G. Oliveira; orientador José Levi Mello do Amaral Júnior. – Brasília, 2019. 454 p.

Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ensino Universitário de Brasília, 2019.

SUMÁRIO: Introdução; Capítulo 1 – Da separação de poderes à cooperação na função de legislar; Capítulo 2 – A transferência do poder de legislar para o Executivo; Capítulo 3 – Interdependência e colaboração entre Executivo e Legislativo na legiferação por medidas provisórias; Capítulo 4 – O terceiro elemento da balança: a medida provisória sob a ótica do controle de constitucionalidade; Conclusão; Referências.

CLARICE G. OLIVEIRA

**O DESLOCAMENTO DA FUNÇÃO DE LEGISLAR PARA O GOVERNO:
A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO NAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E
A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Tese apresentada como requisito obrigatório para a
obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral
Júnior

Brasília, 29 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior (presidente)

Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (membro externo)

Prof. Dr. Phelippe Toledo Pires de Oliveira (membro externo)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Júnior

Para Maria.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. José Levi Mello do Amaral Júnior.

Ao professor, colega e amigo, Marcelo Dias Varella.

Aos professores Inocêncio Mártires Coelho, de cujo grupo de pesquisa fiz parte durante os anos de doutorado, e Arnaldo Godoy, pelo conhecimento compartilhado e apontamentos realizados na fase de qualificação que me ajudaram a avançar na elaboração da tese.

Aos membros da banca examinadora.

Aos professores da Escola Doutoral de Direito da Sorbonne, prof. Hervé Ascensio, prof. Ruth Sefton-Green, prof. Michel Verpeaux, prof. Marie Gren e prof. Dominique Rousseau.

À Natália Camba e Juliana Silveira, amigas para todas as horas, aqui e lá.

Ao Rafael Silveira e Silva, Danilo Gennari e Marcos Rui pelos esclarecimentos e troca de ideias sobre o processo de conversão das medidas provisórias.

Aos entrevistados, que forneceram informações essenciais sobre as relações executivo e legislativo em torno das medidas provisórias.

Aux amis que je me suis fait à Paris: Astrid, Maria Antonieta, Arnaud, Ruth, Mme Vergnes-Morhaim, Macha, Baran, Sophie, Yumi, Mayara, Kasia, Pinar, Raphaël, Vincent, Yanis, Jiska et Timothy. J'étais moins étrangère entre vous. Petite bulle de bonheur, temperada com tapioca e tempestade.

Ao Leonardo, tão importante na minha vida.

À minha amada irmã caçula, que na etapa final me acolheu e estimulou a manter a concentração e a motivação. Um beijo.

RESUMO

A tese aborda a superação do conceito de separação de poderes e o compartilhamento da função de legislar entre os órgãos executivo e legislativo, constatando, empiricamente, como o primeiro toma a frente da produção legislativa e o segundo colabora em seu aprimoramento. Nesse cenário, cresce a importância da atuação corretiva do legislativo e, eventualmente, do judiciário, objetivando a manutenção do equilíbrio entre as faculdades de estatuir e de impedir. De um arranjo de tripartição de funções legislativas, executivas e judiciárias entre diferentes órgãos, com graus variados de independência e especialização, típico da constitucionalização dos sistemas políticos, passa-se a outro no qual o executivo assume cada vez mais funções. O termo governo ganha projeção como símbolo da junção entre decisão política e execução, entre agir e legislar. O executivo conquista prerrogativas, passando a participar cada vez mais do processo legislativo, culminando na transferência do poder de legislar por distintas modalidades de delegação. A medida provisória representa esse novo equilíbrio na função de legislar, onde o parlamento deixa de ser o centro de impulsão da legislação e passa a atuar precipuamente no controle e aprimoramento da proposta do executivo. O poder de emenda é exercido por deputados e senadores e o produto definitivo, resultante do projeto de lei de conversão, incorpora os debates e os consensos gerados no Congresso Nacional. O judiciário também atua corretivamente, não somente no controle de constitucionalidade da legislação, mas sobretudo das práticas institucionais do processo legislativo de modo a preservar a balança de poderes em um ambiente democrático. A cada vez que o Supremo Tribunal Federal interfere, ele altera o equilíbrio entre executivo e legislativo na capacidade de estatuir por meio de medidas provisórias, gerando reacomodação do sistema. Após a análise dos dados gerais sobre o trâmite de conversão de 709 medidas provisórias editadas entre 2001 e 2015, conclui-se que a colaboração estreita entre governo e parlamento na função de legislar é a realidade do Estado contemporâneo, representada no Brasil pelo poder legiferante da medida provisória. Por meio dela o governo toma a liderança do processo legislativo e o Congresso, ao se apropriar do texto, exerce controle e aprimoramento.

Palavras-chave: medida-provisória; separação de poderes; processo legislativo; projeto de lei de conversão; poder executivo; poder legislativo; controle parlamentar; controle judicial.

ABSTRACT

This thesis focuses on legislative tools granted to the government to overcome the traditional separation of powers doctrine. The modern government is the collaboration between the executive and legislative branches, with the former taking the lead on legislative production. In this scenario, the role of the legislative branch concentrates on control. In some cases, the judiciary will also interfere to oversee the distribution of lawmaking functions between each branch and guarantee the balance of powers. The old separation of powers gives rise to new arrangements where the executive branch is the center of decision and the principal legislator. Governments around the world interfere in the legislative process to the point of having autonomous legislative power through delegations. The Brazilian provisional measure is one of these tools and represents the modern role of parliament: the review by amendments and control of executive decrees that will function as laws after their approval by Congress. The Supreme Court interferes to set the rules of institutional practices of sharing the legislative function to preserve democratic principles. In doing so, the Court adjusts the balance of power, forcing the system to re-accommodate. After analyzing examples of the legislative process of provisional measures and the degree of participation of Congress, I conclude by affirming that the legislative powers of the government in presidential systems are a reality that overcomes the traditional boundaries of separation and balance of powers. The legislative production is a collective enterprise of government, that takes the lead, and Congress, that controls and changes the president's provisional measures.

Keywords: provisional measure; decree power; separations of powers; legislative process; executive branch; legislative branch; parliamentary control; judicial control.

RÉSUMÉ

Les critiques à la doctrine classique de la séparation des pouvoirs sont bien connues, mais le dogme séparatiste est toujours à la base des régimes présidentiels. La thèse que je défends c'est que le pouvoir exécutif brésilien fonctionne désormais comme le gouvernement dans les régimes parlementaristes : c'est lui qui détient une partie du pouvoir de légiférer et compte sur ce pouvoir pour conduire la production de la loi. Le Président détient le pouvoir du décret-loi par une espèce de législation déléguée intitulée « mesure provisoire », semblable aux ordonnances. Elle peut être utilisée par le Président sans autorisation préalable du parlement dans un contexte de pertinence et urgence. En revanche elle doit être ratifiée dans 120 jours, occasion pour le parlement modifier le texte. La mesure provisoire devient un projet de loi, moment où les députés et sénateurs disposent du droit d'amendement et ajoutent leur contribution. Dans ce cadre, le parlement joue un nouveau rôle : celui de contrôleur et réviseur de la production de la loi du Président. La juridiction constitutionnelle joue aussi un rôle de contrôle de la procédure législative visant la préservation des prérogatives du Président et du Congrès selon les règles établies dans la constitution. Chaque fois que la Cour Constitutionnelle rend une décision sur les procédures suivies au sein du parlement, elle change l'équilibre entre l'exécutif et le législatif et pousse à un rééquilibrage des forces. Après l'analyse des mesures provisoires et de la participation du Congrès au cours de la ratification, je vérifie que la collaboration entre gouvernement et parlement dans la fabrication des lois est la réalité brésilienne, ce qui rend inutile la défense d'une conception étanche du principe de la séparation des pouvoirs.

Mots-clés: mesure provisoire; séparation des pouvoirs; procédure législative; pouvoir exécutif brésilien ; pouvoir législatif; contrôle parlementaire ; contrôle juridictionnel.

LISTA DE QUADROS, GRÁFICOS E TABELAS

Quadro 1 – Prerrogativas do executivo-governo no processo legislativo por país.....	156
Tabela 1 – Média da taxa de confiança em decretos por governo.....	194
Quadro 2 – Características normativas das ordens executivas, ordonnances e medidas provisórias.....	196
Tabela 2 – Medidas Provisórias: edição e reedição por governo (1988-2001).....	212
Quadro 3 – Comparativo das regras sobre medidas provisórias antes e depois da EC 32.....	224
Tabela 3 – Aprovação de medidas provisórias desde a EC 32.....	225
Tabela 4 – Medidas provisórias segundo situação e trâmite.....	239
Tabela 5 – Medidas provisórias por macrotema segundo o trâmite.....	240
Tabela 6 – Índice de cooperação total por macrotema.....	243
Gráfico 1 – Medidas provisórias convertidas com e sem alteração por ano (2001-2015).....	244
Tabela 7 – Medidas provisórias segundo o trâmite.....	246
Tabela 8 – Medidas provisórias em temas econômicos, segundo o trâmite.....	249
Gráfico 2 – Resultado do trâmite de medidas provisórias (2001-2015).....	258
Tabela 9 – Sanção de medidas provisórias (2001-2015).....	268
Tabela 10 – Medidas provisórias rejeitadas (2001-2015).....	278
Tabela 11 – Razões da rejeição da medida provisória (2001-2015).....	280
Tabela 12 – Medidas provisórias que perderam a eficácia por ano (2001-2015)	287
Tabela 13 – Medidas provisórias que perderam eficácia segundo o estágio de tramitação....	289
Tabela 14 – Incidência de veto segundo a motivação (2001-2015).....	301
Tabela 15 – Contagem de vetos por macrotema, segundo a razão de veto parcial.....	302

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 DA SEPARAÇÃO DE PODERES À COOPERAÇÃO NA FUNÇÃO DE LEGISLAR	38
1.1 Centralidade da função legislativa na separação e balança de poderes	40
1.1.1 <i>Identidade clássica entre separação de poderes e constitucionalização</i>	41
1.1.2 <i>A leitura jurídica da separação de poderes</i>	44
1.1.3 <i>A integração jurídico-política na balança de poderes</i>	52
1.2 Arranjos de cooperação no poder de legislar: presidencialismo e parlamentarismo	59
1.2.1 <i>A cooperação no presidencialismo</i>	63
1.2.2 <i>A partilha no parlamentarismo</i>	87
CAPÍTULO 2 A TRANSFERÊNCIA DO PODER DE LEGISLAR PARA O EXECUTIVO	117
2.1 O deslocamento da função legislativa	118
2.1.1 <i>A ascensão do executivo-governo</i>	120
2.1.2 <i>O esvaziamento de funções do parlamento</i>	127
2.2 A transferência do poder de legislar na iniciativa e trâmite de proposições	137
2.2.1 <i>O poder do executivo-governo na iniciativa de leis</i>	137
2.2.2 <i>O poder do executivo-governo no trâmite legislativo</i>	142
2.3 A transferência do poder de legislar mediante o exercício direto	157
2.3.1 <i>Atribuição de poder regulamentador e delegações legislativas</i>	158
2.3.2 <i>A competência elástica das ordens executivas norte-americanas</i>	168
2.3.3 <i>A transferência completa com as ordonnances francesas</i>	173
2.3.4 <i>A delegação e a transferência provisória nas medidas provisórias</i>	190
CAPÍTULO 3 INTERDEPENDÊNCIA E COLABORAÇÃO ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO NA LEGIFERAÇÃO POR MEDIDAS PROVISÓRIAS	202
3.1 A prevalência do executivo cede espaço ao incremento da participação do legislativo	203
3.1.1 <i>O desequilíbrio original no poder de legislar por medida provisória em prol do executivo</i>	204
3.1.2 <i>Incremento da participação do legislativo com a Emenda Constitucional nº 32</i>	217
3.2 O controle positivo: aprovação, modificação e sanção como indicadores de interdependência e colaboração no processo legislativo	236
3.2.1 <i>Aprovação integral: facilidade do executivo na conversão das medidas provisórias?</i>	238
3.2.2 <i>Modificações realizadas pelo Congresso: controle e participação</i>	245
3.2.3 <i>A sanção do PLV como prova final da cooperação</i>	267
3.3 O controle negativo: rejeição e perda de eficácia como indicadores de não cooperação no processo legislativo	276
3.3.1 <i>Rejeição de medida provisória e recusa de cooperação com o executivo</i>	277
3.3.2 <i>Perda de eficácia: a opção do Congresso como sinal ambíguo de não cooperação</i>	285
3.4 O veto consignado como fracasso da interação entre os poderes	295
3.4.1 <i>O veto por inconstitucionalidade e interesse público nas medidas provisórias</i>	296
3.4.2 <i>A realidade dos vetos: dinâmica de cooperação e controle</i>	303

CAPÍTULO 4 O TERCEIRO ELEMENTO DA BALANÇA: A MEDIDA PROVISÓRIA SOB A ÓTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	321
4.1 O judiciário como contrapeso na balança de poderes	322
4.1.1 <i>A gradual autoafirmação do judiciário na balança de poderes</i>	324
4.1.2 <i>Intervenção judicial nas relações entre a maioria e a minoria legislativa</i>	340
4.1.3 <i>Intervenção judicial nas relações institucionais entre governo e parlamento</i>	355
4.2 O reconhecimento da faculdade do executivo julgar a relevância e a urgência das medidas provisórias.....	367
4.3 A obrigatoriedade de constituição da comissão mista para análise da medida provisória	382
4.4 A inconstitucionalidade da não-pertinência temática no projeto de lei de conversão.....	397
CONCLUSÃO	420
EPÍLOGO	428
REFERÊNCIAS.....	433

INTRODUÇÃO

*If men were angels, no government would be necessary.
If angels were to govern men,
neither external nor internal controls on government would be necessary.
The Federalist n. 51*

A separação de poderes é um conceito caduco e ultrapassado. Foi superada pelo protagonismo crescente do governo no exercício da função de legislar, com o paulatino deslocamento do poder legiferante do parlamento para o governo, com incidência de atuação do judiciário. Em consequência do aumento de funções do governo, que se substitui ao executivo clássico, cresce a importância da atuação corretiva dos demais poderes, objetivando a manutenção do equilíbrio entre eles.

No cenário de produção legislativa iniciada pelo governo sob a forma de medida provisória, cabe ao parlamento o papel de controle e de aprimoramento do produto normativo definitivo: a lei de conversão. E ao judiciário, o papel corretivo não somente da legislação, mas, sobretudo, das práticas institucionais para elaboração da legislação de forma a preservar, precisamente, a balança, o equilíbrio e a conjunção de ações em um ambiente democrático. Com a diluição das fronteiras entre governo e Congresso em torno da produção legislativa, a própria definição de sistema de governo presidencialista, ápice da separação de poderes em sua versão clássica, também se encontra enfraquecida.

A clássica noção de que a separação de poderes é um dos pilares das democracias modernas, especialmente nos sistemas presidencialistas, vem sendo superada pela prática cada vez mais recorrente de partilha do poder legislativo entre os órgãos incumbidos tradicionalmente das funções executivas e legislativas, isto é, governo e parlamento, presidente e Congresso, levando à dissolução das fronteiras entre ambos. A separação de poderes torna-se, atualmente, um conceito difuso quando olhamos tanto as definições constitucionais quanto a prática do exercício das atribuições de cada um dos ditos poderes fundantes e fundamentais do estado moderno – executivo, legislativo e judiciário.

Há um deslocamento de tarefas no processo legislativo, com o executivo-governo assumindo a liderança do processo, em vista das atribuições que exercem no impulsionamento do desenvolvimento econômico-social. Simultaneamente, a tarefa de controle, que era exercida pelo executivo em regimes presidencialistas por meio do veto, também se desloca rumo ao legislativo. A troca de papéis decorre da inversão do fluxo legislativo, da alternância de protagonista com o compartilhamento da função legislativa.

À primeira vista, a atribuição de poder legiferante ao executivo é, por si só, um elemento que viola o dogma da separação de poderes. As democracias modernas foram constituídas sobre o pilar da separação de poderes, característica necessária para superar os regimes absolutistas que deixavam de existir. No domínio de aplicação, foram os revolucionários norte-americanos e franceses os operadores referenciais para a elaboração das respectivas constituições. A formatação dos americanos resiste até hoje e a dos franceses conheceu vida efêmera, dentro de um regime monarquista constitucionalizado, e atualmente se expressa em uma constituição que abandonou o termo poder executivo e o substituiu por presidente e governo.

Em realidade, o sistema de tripartição de poderes é um arranjo constitucional concebido para estimular a cooperação e o equilíbrio das relações entre executivo e legislativo, com a concorrência dos dois órgãos para a concretização da legislação. É uma separação relacional, de interdependência entre as funções desempenhadas em instâncias distintas, centrada na função legislativa, tida como a mais nobre nas teorias constitucionais clássicas, ou, ao menos, que tem mais impacto na regulação das relações sociais. Aprofundando essa ideia, tem-se que diferentes sistemas de tripartição, a exemplo dos sistemas presidencialistas e parlamentaristas e suas variantes, fornecem incentivos distintos e envolvem graus variados de coordenação e cooperação entre os poderes.

Com o passar do tempo, a noção clássica de separação de poderes vem sendo superada pela constante e crescente ampliação das funções do poder executivo, tornando cada vez mais difusas as fronteiras entre as funções legislativas e executivas. Tal deslocamento da função legislativa deve ser entendido como meio de contornar certos obstáculos do processo legislativo para atender a especificidades dos projetos de governo. É generalizado nas democracias e resulta em fortalecimento do órgão executivo.

Falar que a separação de poderes em si é ultrapassada não é novo. Consequentemente também é antiquada a classificação de regimes presidencialista e parlamentarista, enquadrados respectivamente como separação de poderes rígida ou flexível. O que é novo é verificar, no Brasil, como a constituição operou essa transformação de fronteiras entre os poderes executivo e legislativo, permitindo a evolução prática consubstanciada na medida provisória.

A legiferação de urgência concedida na Constituição brasileira como prerrogativa do Presidente da República sob a forma de medidas provisórias possui características jurídicas com claras implicações políticas que afetam e desafiam as definições clássicas da consagrada separação de poderes. Para além de interferir no equilíbrio entre governo e parlamento no exercício da função legislativa, os dispositivos constitucionais que regem a legiferação de urgência e seu respectivo trâmite ensejam o acionamento da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos. O envolvimento da Corte repercute no equilíbrio e correlação de forças entre executivo e legislativo e adiciona novas perspectivas sobre a interação entre os elementos jurídicos e políticos na tripartição de poderes.

A leitura e o estudo do arranjo entre os poderes não deve se restringir aos elementos jurídicos, que descrevem como se formam as constituições e o que elas fazem; deve olhar para a essência que se vincula a fatores reais do poder que se expressam escritos e se transformam, assim, em instituições jurídicas¹. O jurista não deve se contentar em estudar como um sistema de governo se forma, mas deve igualmente se preocupar em como ele funciona, se preocupar da aplicação de normas e do funcionamento das instituições: esse era o sentido da expressão “direito político” que foi historicamente o primeiro nome do direito constitucional². O Direito é a ciência da organização jurídica do poder³. O desenho constitucional estabelece as regras do jogo e pode colaborar ou não para o equilíbrio da relação executivo e legislativo.

¹ LA SALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. E-book. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006.

² LE DIVELEC, Armel. *Constitution Juridique, Système de gouvernement et système politique*. In *Vies politiques : Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*. Dalloz: Paris, 2018, p. 77-97, p. 96.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

Nesse quadro, a constituição é o dispositivo fundamental para controle e limitação do poder, constitui os freios que a sociedade quer impor ao governo por meio de regras fixas⁴. É o conjunto de regras relativas à organização do Estado, à forma de governo, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação⁵.

A constituição é, portanto, o símbolo da gênese do Estado político, e possui caráter duplo: fundamenta a estrutura da sociedade enquanto sistema político e as regras jurídicas dessa mesma estrutura. Ambas formam a estrutura sobre a qual se desenvolvem as relações políticas entre os poderes, desses poderes com a sociedade, e dos cidadãos com o governo no que organiza como Estado Democrático de Direito.

Nele, o exercício do poder legislativo se faz por meio da cooperação. Apenas se os três poderes cooperarem entre si uma lei será posta em prática: discutida e votada pelo legislativo, sancionada, promulgada pelo executivo e por ele concretizada, no que lhe couber, e validada, tacitamente, pelo judiciário. Embora dependente de iniciativa alheia, é a negativa de legitimidade da lei, face à constituição, que completa o ciclo da elaboração normativa. Não havendo paralização judicial, a norma segue vigente. Havendo interrupção, o ciclo se reinicia no legislativo. Portanto, em vez de falarmos de separação de poderes, o correto seria sempre falar em cooperação de órgãos e divisão de tarefas, especialmente no exercício da função legislativa.

A dinâmica dessa cooperação mudou ao longo do tempo. A partir da metade do século XX, o movimento de ampliação da participação do executivo na criação de leis é recorrente em vários países, catalisado pelo aumento das funções executivas e da proeminência que este ganha com o sufrágio universal, especialmente nos sistemas presidencialistas. Para implementar mudanças nas prestações do Estado, é preciso legislar. A dinâmica do processo eleitoral naturalmente deposita no executivo a expectativa para a definição dos rumos do país.

O fortalecimento do executivo, seja em regimes democráticos ou autoritários, vem sempre acompanhado de maior poder legislativo para si. O parlamento perde a exclusividade

⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 149.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

na proposição normativa, ou tem sua iniciativa reduzida em alguns momentos da nossa história constitucional, isso se formos nos ater apenas ao texto frio das cartas, sem mencionar os períodos de ruptura completa. Quando o executivo passa a legislar, as fronteiras da separação clássica entre os poderes começam a se diluir: o presidente penetra na arena parlamentar, sede da soberania popular, mas a regra democrática faz com que não deixe se de submeter ao parlamento, cabendo-lhe pesar as opções políticas dentro de uma nova estrutura de poder⁶.

Histórico do poder de legislar do executivo brasileiro

No Brasil, o reforço das capacidades legiferantes do executivo é atualmente ilustrado pela existência da legislação de urgência, isto é, a capacidade de emitir medidas provisórias que possuem força, eficácia e valor de lei⁷. A medida provisória (MP) é um mecanismo amplamente utilizado pelo presidente da República para a viabilização de políticas públicas, de grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro dado o seu volume de emissão. Como objeto de estudo, desperta interesse pelos seus reflexos nas relações entre os poderes executivo e legislativo e na dinâmica de cooperação entre eles. No processo de formulação legislativa de políticas públicas, a MP evidencia a participação do executivo e demonstra seu claro interesse na matéria.

Analisando o conjunto das constituições brasileiras percebemos que as atribuições do poder executivo pouco variaram, embora tenha havido variações no funcionamento do processo legislativo dentro do próprio parlamento. Antes da redemocratização, tivemos, com maior ou menor grau, um executivo com muitas prerrogativas legislativas tanto nas constituições dos períodos ditos mais democráticos – 1891, 1934, 1946 – quanto nas demais – Estado Novo e regime militar de 1964. A trajetória do poder executivo brasileiro é uma trajetória de prerrogativas importantes, entre elas o poder de legislar, ou poder de decreto.

As críticas ao papel desempenhado pelo executivo são antigas. Sobre a Carta de 1891, a primeira republicana, Gilberto Amado⁸ fez dura crítica, conclamando por uma reforma

⁶ BURDEAU, Georges. La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958. *Revue française de science politique*, v. 9, n. 1, p. 87-100, 1959, p. 98.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203.

⁸ AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 135.

política para evitar ou minorar os “efeitos da ditadura constitucional do presidente da República e dos presidentes dos estados” decorrentes dos poderes irrestritos e ilimitados concentrados no chefe do executivo, livre de obstáculos. A autoridade presidencial era o centro em torno do qual gravitavam dependências, interesses, influências⁹.

Observando a obra do governo provisório que proclamou a República, grandes transformações legislativas foram promovidas sem a participação do parlamento, via legislação extraordinária, como a separação entre Igreja e Estado, a criação do código penal, da lei de falências, entre outras. Para Aurelino Leal¹⁰, o arranjo era vantajoso, pois recorrer ao poder legislativo em momentos de reconstrução política e jurídica de um país significa “travar as rodas do carro” em decorrência da característica confusa, “preguiçosa, de movimentos difíceis, de molas emperradas” que lhe assola.

As visões são interessantes pois a primeira constituição republicana foi fortemente inspirada na constituição norte-americana, que estabelece uma rígida separação entre executivo e legislativo e não concede ao primeiro prerrogativas no processo legislativo. Da leitura do texto, não se apreende nenhuma prerrogativa privilegiada. A prática política caminhou em outro sentido.

As constituições de 1934 e 1946, por sua vez, vedaram a delegação de poderes legislativos do presidente da República por meio de leis autorizativas do Congresso, como ato-reflexo aos períodos anteriores de grande concentração nesse sentido¹¹. Em 1934, a iniciativa de leis de fixação das forças armadas e sobre matéria fiscal e financeira era dividida entre a Câmara dos Deputados e o presidente. A este cabia somente a iniciativa de leis sobre reajuste salarial dos servidores, criação de novos cargos em serviços já organizados, ou que modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas (art. 41, § 2º). Inaugura-se formalmente o Estado do Bem-estar no Brasil com os títulos IV, Da Ordem Econômica e Social, e V, Da Família, da Educação e da Cultura. A tentativa de conter o

⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 252.

¹⁰ LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 203.

¹¹ TÁCITO, Caio, As medidas provisórias na Constituição de 1988, *Revista de Direito Administrativo*, v. 176, p. 1-28, abr./jun. 1989, p. 1.

executivo, como restou demonstrado pelos fatos, não evitou o golpe de 1937¹², dando pouco tempo para que se possa dizer que o executivo perdeu suas prerrogativas.

Em 1946, no pós-guerra mundial e pós-ditadura no Brasil, o sentimento era o mesmo de reduzir os poderes presidenciais. Nesse sentido, a constituição já nasceu desatualizada com enfraquecimento do executivo, fortalecimento do legislativo, óbices à intervenção do Estado no domínio econômico e pluralismo partidário que incentivou facções locais¹³, na contramão do fortalecimento que acontecia em outros países. A emenda do parlamentarismo, aprovada e depois revertida, ilustra a instabilidade da organização dos poderes no período. Essa constituição, emendada frequentemente após 61, permaneceu vigente no início do regime militar, colecionando 21 emendas até 1966, quando foi finalmente editado ato decretando o recesso do Congresso Nacional e autorizando o presidente a legislar.

A capacidade de o presidente propor e fazer valer leis sem a aprovação prévia do legislativo, ou mesmo com aprovação posterior sem invalidação retroativa dos atos foi consignada nas constituições concebidas em regimes autoritários, 1937 e 1967, e na Constituição de 1988.

As medidas com força de lei foram permitidas nas constituições surgidas das ditaduras na forma de decreto-lei¹⁴.

Se sob a carta de 1937¹⁵ o presidente governou sozinho, visto que o Congresso permaneceu fechado durante toda a duração do Estado Novo, o período ditatorial seguinte contou com o funcionamento do Congresso, inclusive para aprovação da constituição enviada pelo governo militar provisório.

¹² POLETTI, Ronaldo. *A constituição de 1934*, Brasília: Senado Federal, 2004, Col. Constituições Brasileiras, vol. III, p. 33.

¹³ REALE, Miguel. *Direito Natural e Direito Positivo*. Saraiva: 1984, p. 91.

¹⁴ ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 24.

¹⁵ Embora a Constituição de 1937 não tenha servido para regular a prática da relação entre executivo e legislativo, visto que este estava dissolvido, as regras elaboradas principalmente por Francisco Campos, autor principal da Constituição, eram desfavoráveis aos deputados. Estes só poderiam propor leis por iniciativa conjunta de um terço da casa, enquanto o executivo poderia propor a qualquer tempo e, inclusive, suspender andamento de proposição legislativa quando tivesse interesse em iniciativa própria na mesma matéria. Tal era o desenho institucional, sem discutir o mérito da vigência ou não da carta.

O decreto-lei previsto na Constituição de 1967, reforçava o poder executivo, não apenas pela sua existência, mas também pelas regras associadas ao processo legislativo. Formalmente circunscrito a temas de segurança nacional e finanças públicas, conforme o texto original, e ampliado em 1969 para incluir normas tributárias, criação de cargos públicos e definição de vencimentos, permitia ao Congresso apenas aprová-lo ou rejeitá-lo no prazo de sessenta dias. Findo esse prazo, o texto era tido como automaticamente aprovado.

As restrições impostas ao legislativo na homologação *a posteriori* do decreto-lei, eram percebidas como restrição à soberania do legislativo¹⁶.

O poder de decreto nos regimes autoritários não se restringia somente a matérias ditas de lei. Envolveria amplo rol de prerrogativas que caracterizam esse tipo de regime: convocação e fechamento do Congresso, cassação de mandatos, declaração unilateral e sem revisão parlamentar o estado de sítio, entre outros.

Governos autoritários são centralizados no executivo, o que torna comum a atribuição de poder legiferante para si. A dupla composta por crescimento do Estado e governo autoritário facilita, em grande medida, a explicitação de poderes legislativos para o presidente, tendo em vista o procedimento igualmente centralizado de construção constitucional. O que poderia parecer menos usual seria a ocorrência dessas prerrogativas em configurações mais democráticas, mas já se discorreu sobre a principal causa da criação de instrumentos que permitem a maior participação do executivo no processo legislativo: a convergência de um processo histórico de assunção de maiores atribuições ao Estado. No Brasil, o que ocorreu foi a sincronização de ditaduras com o aumento dessas funções. Uma vez removida a moldura autoritária, permanece a necessidade de dotar o executivo de algum instrumento de legiferação.

Durante a constituinte de 1988, a concepção original da medida provisória estava inserida no contexto das discussões de um regime que se previa parlamentarista. Com a opção pelo presidencialismo, a redação do artigo sobre medida provisória foi ajustada e aprovada

¹⁶ PAUPÉRIO, A. Machado. Relações entre os poderes Legislativo e Executivo. *Revista de Informação Legislativa*. v. 17, p. 111-180, jul./set. 1980, p. 117.

após dois turnos de votação¹⁷. Isso explica por que a Constituição de 1988 é a única constituição democrática que conta com mecanismo tão importante nas prerrogativas do presidente da República, fortalecido institucionalmente. Esse fato possui implicações para a dinâmica de relação entre os poderes.

O poder legislativo, por sua vez, também é fortalecido em 1988: aumentam suas prerrogativas, atribuições e possibilidades de controle sobre o executivo, ainda que este esteja favorecido com a medida provisória¹⁸.

Dado seu contexto de surgimento, não poderia ser considerada nem um reflexo do decreto-lei nem instrumento especialmente desenhado para permitir agilidade decisória ao presidente¹⁹. A MP, na forma do texto original do art. 62, não guardaria as mesmas qualidades do decreto-lei: este era dotado de maior segurança jurídica, enquanto esta carrega a dúvida sobre se e quando será convertida em lei e quais direitos subjetivos dela decorrerão²⁰.

Além disso, o procedimento irrealista de sua análise pelo Congresso, em trinta dias, também a torna menos vantajosa que o decreto-lei: seria necessário adaptá-la verdadeiramente ao sistema presidencialista, de forma a relativizar a concentração de poder legiferante no executivo e, assim, reduzir os conflitos entre governo e parlamento. Na prática, contudo, ela se mostrou bastante vantajosa e o controle maior sobre sua emissão vem a ser atingido somente com a reforma do instrumento em 2002.

Contexto específico

Desde sua criação, a medida provisória tem sido um importante instituto no ordenamento jurídico: nos onze meses posteriores à promulgação da constituição, foram editadas 83 MPs e promulgadas 135 leis – de conversão de MP, ordinárias e complementares

¹⁷ ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 27-30.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p.500.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio. Processo Legislativo, Medidas Provisórias e Controle da Constitucionalidade das Leis. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8, p. 101-106, ago. 2009.

²⁰ BARROS, Sérgio Rezende. *Medidas Provisórias?* Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisorias-.cont>>. Acesso em: 23jun.2015.

–, em um uso que já se mostrava frequente e concorrente com o processo legislativo ordinário²¹.

Na metade final dos anos 90, a intensificação da edição de MPs gerou discussões no Congresso Nacional que culminaram com alteração no mandato constitucional concedido ao presidente visando conter os casos de edição e reedição de MPs e reorganizar seu processo de análise nas casas legislativas – a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 (EC 32). O desenho constitucional original estava desgastado após cerca de uma década de sua aplicação, tensionado a relação entre executivo e legislativo.

O controle do Congresso não era efetivo. O arranjo institucional até então válido tinha por consequência o desestímulo ao trâmite de análise da MP.

O relator da EC 32 destaca que quando se alterou o sistema já haviam reeditadas cerca de 5.540 vezes as diversas medidas provisórias então vigentes. Seu funcionamento prático possuía as seguintes fragilidades: 1) excessiva concentração de poder nas mãos do presidente da República; 2) sentimento de sujeição do parlamento e perda de autonomia; 3) número exacerbado de MPs; 4) insegurança jurídica, pois a reedição, por vezes, continha alterações no texto original; e 5) omissão do Congresso Nacional em tratar os temas objeto de MP²².

O diagnóstico realizado pelo Congresso Nacional em 2001, antes da revisão do art. 62, apontava falta de quórum nas sessões conjuntas de votação das medidas, desconhecimento do plenário sobre os temas ali abordados e a exiguidade do tempo de tramitação como as principais dificuldades práticas do sistema. Na larga maioria dos casos, a comissão mista que deveria coordenar o processo legislativo, conforme definido pelo regimento interno, não se reunia e o relator era nomeado em plenário: a tramitação estava incompleta. Tal cenário facilitava a omissão dos parlamentares na votação, pois seria mais conveniente permitir a reedição do que aprovar matérias sem amadurecer o debate. A EC 32 viria combater as deficiências do sistema vigente, buscando forçar a análise dos textos pelo Congresso

²¹ TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 176, p. 1-28, abr./jun. 1989, p. 19.

²² FOGAÇA, José. Medidas provisórias e imunidade parlamentar. In CARVALHO, Guido Faria de (org.). *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p. 221-235.

Nacional²³. O fim da reedição infinita de MPs e sua substituição pelo prazo máximo de seis meses de vigência obrigaria o executivo a adotar a prudência em sua emissão, sob o risco de perder as inovações dela decorrentes²⁴.

Embora a maioria das críticas em torno da utilização das MPs pelo executivo versassem sobre a questão valorativa da necessidade de se preservar a separação entre os poderes, vê-se que eram os aspectos procedimentais de apreciação pelo Congresso Nacional que incomodavam, de fato, o parlamento. Não se questionava a existência do poder de legislar via medida provisória, mas tão-somente a necessidade de que refletissem um trabalho de articulação e pactuação entre executivo e legislativo, isto é, que fossem realmente um instrumento de interdependência por cooperação, que pudesse ser controlada no sentido do equilíbrio entre os poderes. Esse objetivo foi atingido com a reforma, mas o custo procedimental do novo arranjo só começa a ser conhecido anos depois, com a efetivação de todas as novas regras plasmadas na constituição mediante intervenção do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Com a EC 32, havia expectativa de que se reduzisse o uso de MPs pelo presidente da República, pois passa a existir risco real decorrente de eventual rejeição do texto. Esse risco é inerente ao novo arranjo procedimental, independentemente dos aspectos exclusivamente políticos de apoio parlamentar, não objeto desta tese.

Na prática, o que se viu depois da EC 32 foi a manutenção de índices elevados de emissão de MPs, com igualmente altos índices de conversão – em média, 83% entre 2002 e 2015. Tal desdobramento evidencia o sucesso da emenda constitucional na promoção do diálogo e coordenação entre os poderes, ampliando o papel de revisor do Congresso Nacional. Das 592 MPs convertidas no período, entre 709 emitidas, 60% foram aprovadas com alguma alteração pelos parlamentares. Do conjunto convertido em lei, 32% sofreram veto parcial do projeto de lei de conversão, e 68% foram sancionadas integralmente.

²³ FOGAÇA, José. Medidas provisórias e imunidade parlamentar. In CARVALHO, Guido Faria de (org.). *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p. 221-235, p. 230.

²⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225.

Por que a emissão de MPs continua e continuará elevada? Porque ela é um impulsionador do processo legislativo, dá agilidade à ação governamental e permite superar as dificuldades do trâmite legislativo ordinário.

O sucesso de um governo depende de sua capacidade de implementar políticas. Para tanto, necessita do apoio do parlamento, pois as políticas públicas sempre envolvem, em maior ou menor escala, legitimidade ou autorização normativa. As leis estabelecem os arranjos institucionais básicos para uma política, que serão desdobrados em decretos, portarias, resoluções, instruções e orientações normativas. Daí a importância da articulação e cooperação entre executivo e legislativo. Esta constatação nos permite lançar novo olhar sobre a importância e inter-relação entre processo legislativo e processo de elaboração de políticas públicas. Em decorrência disso, quanto mais diretamente envolvido estiver o poder executivo na elaboração do texto da lei, maiores as chances de garantir que a política resultante corresponda ao desenho que os formuladores acreditam mais adequado.

O interesse pela medida provisória passa a ser não a sua demonstração de iniciativa, ou força, do governo, mas sim a capacidade do parlamento contrabalançar, corrigir, impedir a impulsão do executivo. A força do instrumento reside na sua capacidade de pôr em marcha o processo legislativo, com eficácia provisória imediata.

A MP pode ser entendida como instrumento de compartilhamento de responsabilidades entre o executivo e o legislativo na construção da ordem jurídica em um regime democrático. O desafio seria fixar limites para a competência do executivo, o que pode ser feito a partir da leitura da constituição brasileira, fazendo surgir uma jurisprudência e uma dogmática que sinalize, de forma rigorosa, os contornos a serem respeitados no exercício da atividade legislativa pelo executivo²⁵.

As medidas provisórias, especialmente, são veículos para a construção de planos e programas. São catalizadoras da implementação da agenda do governo, ainda que não constituam a única maneira de início do processo legislativo pelo presidente da República. Sua edição garante mais do que a discussão tenha como ponto de partida o texto elaborado nos

²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

escalões superiores da burocracia governamental, garante também espaço de aprovação em tempo rápido.

Examinar o poder legiferante consubstanciado nesse instrumento é, portanto, examinar a eficácia do desenho constitucional para a promoção da cooperação entre os dois poderes no processo de construção de políticas públicas. Além disso, fornece elementos para compreender como o parlamento reage e modifica as propostas do governo, como exerce o controle sobre o poder de legislar do governo.

O tema possui especial relevância para a administração pública dada a importância histórica das medidas provisórias para a implementação da agenda de governo. Estas são mecanismos rápidos e efetivos para resolver questões prementes para o executivo tendo em vista a amplitude dos critérios constitucionais de relevância e urgência que orientam sua edição. As mais de 750 medidas emanadas desde a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, constituem material rico para a análise da implementação de políticas públicas e de como o instituto é uma peça importante no sistema presidencialista.

As relações entre os poderes executivo e legislativo sob a ótica da dinâmica de cooperação e equilíbrio entre os poderes determinada no arranjo constitucional brasileiro são abordadas de forma inovadora nesta tese porque se relacionada as condicionantes do desenho legal-institucional com a dinâmica entre executivo e legislativo no tocante à aprovação de políticas públicas por meio de medidas provisórias. Trata-se de trabalho de fronteira entre as regras jurídicas e suas consequências para a dinâmica política.

No Direito, a medida provisória costuma ser analisada do ponto de vista do controle de constitucionalidade dos pressupostos de relevância e urgência e de seu formato consagrado na constituição para uso do presidente da República. Estudos mais recentes abordam a participação do legislativo no processo e a importância do instrumento para a estruturação do poder de legislar do governo. Ultimamente o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado sobre o trâmite legislativo, inserindo elementos novos na dinâmica entre executivo e legislativo. Porém, o que vemos na prática é que tais abordagens, ricas em conhecimento, não são suficientes para explicar o papel da medida provisória no compartilhamento da função de legislar e no novo equilíbrio entre os poderes.

Da parte da Ciência Política, as relações executivo e legislativo são estudadas, comumente, para a realização de diagnósticos sobre a qualidade de tal interação e sobre a disputa de forças entre eles. Quando se aborda a temática da cooperação, de maneira geral, destaca-se o modelo do presidencialismo de coalizão, que seria capaz de favorecer o executivo em qualquer pauta legislativa, e o controle da agenda. Esses elementos políticos, importantes para definir o cenário das relações executivo e legislativo, não são suficientes para explicar o sucesso ou fracasso do governo na proposição e aprovação das políticas por meio de medidas provisórias nem têm captado o trabalho do Congresso na revisão e reformulação das MPs.

Entre as duas disciplinas, pouco se menciona sobre a importância da elaboração das leis para a construção e implementação de políticas, isto é, para o centro da atividade do governo, criando uma falsa ilusão de que todo o processo se encontra sob o domínio do executivo, ou de que o trabalho legislativo ocorre de forma independente do exercício das funções executivas, ou que o parlamento é alijado da função de legislar.

A medida provisória insere-se em contexto de crescimento das funções do governo e de necessidade de coordenar políticas públicas e produção normativa em curto espaço de tempo.

No caso brasileiro, a tese explora como o arranjo constitucional de atribuição de poder de emitir legislação de urgência implica novo equilíbrio entre os órgãos legislativo e executivo, nova divisão de tarefas entre eles. O governo destaca-se na produção normativa e o parlamento deve ser capaz de adaptar-se a esse protagonismo resignificando a função de legislar via controle e emendas.

Tal arranjo não é isento de disputas. A primeira delas em torno da própria prerrogativa do presidente da República, que culminou com a já mencionada revisão do instituto da medida provisória em 2001. A segunda ocorre sob a ótica do controle de constitucionalidade. Para que o mecanismo funcione a contento, é preciso navegar por regras e procedimentos constitucionais e infraconstitucionais com estratégias de cooperação entre os órgãos.

Problema e hipóteses

A questão a ser enfrentada é: a atribuição de poder de legislar extraordinário ao presidente da República subverte a repartição clássica de tarefas entre executivo e legislativo ou representa um novo equilíbrio entre os órgãos? Como fica a questão do controle, ou a faculdade de impedir, na medida provisória? O legislativo exerce efetivamente seu papel inerente de debate e composição de variados interesses na função legislativa durante a análise do texto?

Defende-se que as medidas provisórias representam novo equilíbrio institucional entre governo e Congresso no processo legislativo, diluindo as fronteiras tradicionais entre executivo e legislativo.

Nesse novo arranjo, as medidas provisórias são instrumento *sui generis* de proposição normativa que aprofunda a colaboração entre executivo e legislativo e preserva o Congresso Nacional em sua função de controle, embora pareçam, à primeira vista, poder de legislar que desequilibra a balança de poderes em favor do executivo.

Será demonstrado que a medida provisória segue trâmite de análise que a transforma em projeto de lei *sui generis* que, ao mesmo tempo em que tem força de lei, é objeto de intensas discussões e modificações na redação original. Em primeiro lugar, como projeto de lei *sui generis*, sua tramitação e grau de alteração são indicadores da interdependência e colaboração entre executivo e legislativo. Em segundo lugar, a ocorrência do veto no projeto de lei de conversão é indicador da ausência de colaboração ou da falha em se alcançar um acordo durante o processo legislativo. Nesse caso, o veto atuaria para reaproximar o texto da proposta original do governo.

A análise completa-se com a avaliação das consequências das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os procedimentos de trâmite da MP e seu impacto na relação de forças entre executivo e legislativo. Destaca-se o controle de constitucionalidade dos requisitos de urgência e relevância, do trâmite de análise, e das condições de emenda ao texto original da medida provisória. Conclui-se que as regras constitucionais dão poderes suficientes ao legislativo para reequilibrar e corrigir eventuais problemas da delegação de poder legiferante ao executivo. Nesse sentido, aumentam a dependência do governo ao processo de negociação política.

Em resumo, **a hipótese principal da tese é: as medidas provisórias são instrumentos sui generis de proposição normativa que representam o novo equilíbrio no compartilhamento da função legislativa entre governo e parlamento.** A clássica separação de poderes é um conceito superado na organização política contemporânea.

Correlacionadas a essa primeira hipótese, tem-se que:

1) A tramitação da MP e o grau de alteração no projeto de lei de conversão (PLV) são indicadores de interdependência e partilha da função de legislar entre executivo e legislativo. Por meio deles, o legislativo apropria-se do texto e controla a atividade do executivo.

2) As regras constitucionais, combinadas com a prática do trâmite da MP, dão poderes suficientes ao legislativo para reequilibrar e corrigir os problemas da delegação de poder legiferante ao executivo e aumentam a dependência do governo ao processo de negociação política.

3) As decisões do STF sobre os procedimentos de trâmite da MP e da impossibilidade de emendas sem correlação temática com o texto original mudam a relação de forças entre executivo e legislativo.

O equilíbrio é novo não somente em relação ao regime anterior à EC 32, mas também pela evolução do instrumento em decorrência da evolução jurisprudencial e da prática parlamentar.

Método e delimitação

A análise engloba: i) revisão de literatura sobre separação de poderes em sistemas presidencialistas, parlamentaristas e a trajetória de aumento das funções legislativas do executivo; ii) pesquisa quantitativa no universo de MPs emitidas entre a EC 32 e o final de 2015; iii) pesquisa qualitativa de MPs selecionadas por critério subjetivo de importância e impacto na agenda legislativa do governo para ilustrar a relação entre executivo e legislativo; e iv) pesquisa jurisprudencial de casos selecionados relacionados ao controle de constitucionalidade de medidas provisórias.

Sob a ótica do controle de constitucionalidade (item iv), são abordados os principais julgados pelo Supremo Tribunal Federal em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que definiram o entendimento jurisprudencial sobre três pontos cruciais dessa espécie normativa: a) o reconhecimento da faculdade precípua do poder executivo julgar a relevância e a urgência quando da edição da medida provisória, mas sem prejuízo da eventual revisão judicial – ADI 2.150/DF; b) a obrigatoriedade de análise pela Comissão Mista de deputados e senadores durante o trâmite legislativo – ADI 4.029/DF; e c) a inconstitucionalidade das emendas sem pertinência temática com o texto original incorporadas no projeto de lei de conversão – ADI 5.127/DF.

A pesquisa não contempla análise minuciosa de cada ação que tramita no Tribunal relacionada com edição de medida provisória. A seleção acima destaca casos emblemáticos que estabeleceram um padrão para a consolidação da jurisprudência na matéria e afetaram diretamente o entendimento dos parâmetros constitucionais e, por conseguinte, os parâmetros de interação entre executivo e legislativo em torno do poder legiferante extraordinário do primeiro.

Para comprovação ou refutação da tese, a análise referente aos itens (ii) e (iii) se concentrará nas MPs editadas após a aprovação da EC 32, de 2001 a 2015, e seu respectivo trâmite legislativo. A EC 32 especificou o escopo de possibilidade de uso do instrumento e alterou o processo de análise pelo Congresso. Sob as regras atuais, a previsibilidade sobre o resultado é importante para garantir o sucesso do governo das medidas propostas. A revisão constitucional do processo de edição e votação das MPs aumentou os índices de conversão em leis e a necessidade de articulação e negociação com deputados e senadores.

Saiu-se de um cenário no qual a negociação prévia poderia ser considerada desnecessária, situação que pode se depreender do constante uso do mecanismo da reedição, para outro no qual a ausência de negociação e de previsibilidade do resultado da votação pode trazer consequências mais graves para o executivo. Isso reforça o argumento de que a colaboração estreita entre os poderes é importante para o sucesso na aprovação da MP e justifica a opção por trabalhar apenas após a EC 32.

A pesquisa empírica sobre as medidas provisórias, quantitativa e qualitativa, é importante para: reafirmar o uso do instrumento como relevante para iniciar o processo legislativo; quantificar casos de participação e não participação do Congresso na revisão do texto original; dimensionar, com base nos dados, o efetivo compartilhamento da função legislativa e a relação cooperativa estabelecida entre executivo e legislativo; verificar o possível impacto nos termos dessa cooperação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Somente com essa análise concreta, calcada na prática, é possível estabelecer o papel da medida provisória como catalisador do processo legislativo e agregador entre governo e parlamento.

A escolha do ano de 2015 como limite para os dados justifica-se por ser este o último ano completo de governo da presidente Dilma Rousseff. Poderia optar-se por fechar o ciclo presidencial que durou até 2016, visto que a última medida provisória assinada por ela foi em 11 de maio de 2016. Contudo, tal escolha teria o potencial de contaminar os dados com um ano atípico, no qual as discussões sobre o impeachment e, portanto, o ambiente político tensionaram sobremaneira a relação executivo e legislativo. A presidente foi afastada em 12 de maio de 2016, após votação do Senado; antes, em 17 de abril, a Câmara dos Deputados já havia aprovado a abertura do processo²⁶ com base na denúncia acolhida em dezembro de 2015²⁷. Desde o início do ano de 2016, foram 16 MPs emitidas, dentro da média mensal, porém quatro perderam a vigência e uma foi revogada, segundo dados do Palácio do Planalto. Portanto, 11 foram convertidas, parte durante presidência interina do vice-presidente, índice de sucesso abaixo do padrão e que poderia contaminar a análise ao agregar dados de ano que já começou com a ameaça do processo de afastamento, concretizado posteriormente.

A listagem do conjunto de todas as MPs editadas entre 2002 e 2015, disponível na página eletrônica da Presidência da República, aponta o total de 709 MPs, que foram tabuladas em planilha com as seguintes informações: número da MP, ementa e situação

²⁶ Cf. <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/processo-de-impeachment-e-aberto-e-dilma-e-afastada-por-ate-180-dias.html>>.

²⁷ Cf. <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/eduardo-cunha-informa-que-autorizou-processo-de-impeachment-de-dilma.html>>.

(convertida com alteração, convertida sem alteração, rejeitada, não votada, vetada e tipo de veto).

Depois da identificação da situação final do trâmite, procedeu-se à classificação temática das MPs, dividida em macrotemas e subtemas com o objetivo de captar alguma alteração na dinâmica de participação do Congresso conforme o tema. Os macrotemas são seis: economia, orçamento, organização da administração pública federal, social, segurança pública, e outros. Cada um divide-se em subtemas, com grande variedade no grupo outros, que comporta miscelânea de assuntos.

A classificação temática deu-se em várias etapas: i) identificação do tema pela ementa da MP; ii) quando não era possível identificar o tema pela ementa, procedeu-se à leitura do texto para, em seguida, classificar; iii) nova leitura das classificações realizadas, para reagrupar temas; iv) repetição da etapa iii até que se tivesse um conjunto satisfatório de grandes temas para orientar a análise. Em algumas situações, verificou-se a existência de mais de um tema na mesma medida provisória, indicando a prática, pelo próprio governo, de interpretar de forma muito aberta a pertinência temática. A classificação de temas é, portanto, um procedimento interpretativo que leva em conta o conteúdo completo do texto apresentado e mescla aspectos objetivos e subjetivos da leitura realizada que serão explicados e referenciados ao longo da tese conforme a necessidade de recorrer a eles na análise.

A partir da contagem e classificação das situações será possível responder às seguintes perguntas associadas às hipóteses:

- a) Quantas foram convertidas em lei?
- b) Quantas perderam a eficácia por decurso de prazo?
- c) Quantas foram rejeitadas?
- d) Em quantos casos o texto original foi mantido ou modificado? A modificação alterou substancialmente o texto?
- e) A lei de conversão sofreu veto? O veto envolveu modificação substancial no texto original?

As perguntas acima objetivam identificar as variáveis que auxiliam na verificação da hipótese principal de pesquisa. A quantidade de alterações no texto original sinaliza que tipo

de relação existe entre governo e parlamento e os vetos indicam ausência de cooperação durante o processo legislativo.

Os casos de perda de eficácia ou rejeição da medida provisória constituem recusa do Congresso em concluir a análise do texto. Nessas duas ocorrências, a MP perde sua função e anula as consequências da atribuição constitucional de poder de legislar ao presidente da República. O grau de alteração no texto pode indicar tanto a existência de uma relação colaborativa entre governo e parlamento quanto o contrário. Cumpre ressaltar que algum grau de alteração no texto é esperado, pois mesmo um acordo prévio é acertado entre atores específicos e o processo de votação envolve novos atores, entre congressistas e grupos da sociedade interessados na matéria. Por fim, a sanção presidencial, com ou sem vetos, e o tipo de veto consagrado, se por inconstitucionalidade ou interesse público, encerra a apreciação sobre o ciclo completo de conversão em lei de uma medida provisória.

A análise sobre a manutenção ou rejeição do veto pelo Congresso fica de fora do escopo da pesquisa. Para ser concretizada, necessita de grande esforço adicional de coleta e processamento de dados, para cada um dos vetos consignados, o que não é possível fazer dentro dos limites de tempo e enquadramento do problema. Embora a derrubada ou não do veto seja outro parâmetro de avaliação sobre a concordância entre executivo e legislativo em torno da política pública, a prática de votação de vetos não era recorrente até 2013, quando o tema foi levado ao STF, pela própria mesa do Congresso Nacional, em questionamento relacionado a um tema prioritário da agenda do governo – a partilha dos *royalties* do petróleo. À época, acumulavam-se mais de três mil vetos aguardando votação, alguns há mais de 13 anos e a questão principal era se a apreciação dos vetos deveria se dar em ordem cronológica ou não. Prevaleceu a interpretação de que o legislativo é livre para deliberar sobre a ordem de apreciação dos vetos²⁸.

Ou seja, durante a maioria do período analisado, o veto operava duplamente a favor do executivo: primeiro pela sua aposição à lei de conversão; segundo pela improbabilidade de sua reversão, dado que não era votado. Representava, na prática, o ponto final. Somente a partir de 2013, isto é, nos três últimos anos dentro do período de quinze anos analisados, que

²⁸ Cf. STF. MS 31.816-DF, rel. min. Luiz Fux.

o veto pode ser considerado um parâmetro da relação entre governo e Congresso. Esse fato ajuda a trabalhar com mais tranquilidade com a opção de excluir da pesquisa a avaliação final do veto pelo legislativo.

Após a tabulação inicial e avaliação das informações qualitativas, é feita análise qualitativa (item iii) de casos ilustrativos a partir de escolha subjetiva sobre a importância e impacto da medida provisória para a agenda legislativa do poder executivo. Para as MPs selecionadas, considerando a temática, a quantidade de alterações, a repercussão, entre outros elementos, o aprofundamento se dá por meio documental – análise de notas taquigráficas das discussões no Congresso, pareceres sobre as MPs, mensagens de veto. Será trabalhada a seguinte dimensão: quais as consequências das modificações no texto para o executivo.

A análise qualitativa é enriquecida com a realização de entrevistas semiestruturadas com atores envolvidos, em menor ou maior grau, em algum ponto da elaboração e trâmite da medida provisória. Nessas conversas, o contexto e as implicações da edição da MP pode ser verificado em profundidade, o que permite desenvolver melhor as hipóteses e explorar a relação entre os poderes antes e depois da sua edição. Foram realizadas quatro entrevistas. Parte dos entrevistados solicitou anonimidade nas declarações, que para ser garantida significou a anonimização de todos os entrevistados. Embora tal procedimento mascare parte da autoridade de quem deu a declaração, há que se respeitar o desejo de preservação individual de atores que foram e ainda são relevantes no processo legislativo de conversão de medidas provisórias.

Em conjunto, as perguntas e suas evidências empíricas auxiliarão na investigação das hipóteses apresentadas.

Definições e conceitos-chave

Ao longo do texto, optou-se por utilizar a letra minúscula na designação de cada um dos três poderes, para privilegiar a limpeza visual dado que os termos aparecem com frequência. Igualmente, o termo presidente aparecerá com minúscula. Constituição só aparecerá com maiúscula quando na designação completa: Constituição Federal, ou Constituição de 1988. Os termos república e monarquia, como conceitos políticos, assim como

os sistemas, aparecerão sempre em minúscula, salvo quando designarem período ou denominação específica. Com inicial maiúscula estarão as instituições político-administrativas: Presidência da República, Supremo Tribunal Federal, Ministério da Fazenda etc. Como recurso estilístico, governo será utilizado como sinônimo de poder executivo; parlamento, Congresso e legislativo são intercambiáveis.

Cumpra fazer uma observação: o termo poder encerra ambiguidades na teoria constitucional. O livre intercâmbio das palavras poder, órgão e função nas formulações clássicas do conceito de separação de poderes leva ao equívoco: dá a entender que cada um dos órgãos que constitui o Estado exerce, monopolisticamente, uma única função.

A palavra poder pode designar tanto um órgão como a sua função, o que seria aceitável se cada órgão exercesse o monopólio de uma função, o que jamais se verifica na prática²⁹. O termo é equivocado, pois, na realidade prática, corresponde apenas a fórmulas distintas de gestão do princípio da maioria³⁰. Isto é, o poder legislativo é formado por um processo eleitoral distinto daquele utilizado para formação do poder executivo. Por fim, poder, na acepção de separação de poderes como balança ou equilíbrio entre poderes, significa órgão³¹.

Bastante ilustrativa da diferença e da inadequação da equivalência entre poder e órgão é esta explicação: os poderes não são órgãos. Os órgãos são os indivíduos e os grupos de indivíduos investidos do exercício de um elemento determinado da soberania ou de toda a soberania. Os órgãos são o parlamento representando a vontade soberana legislativa, é o rei, chefe de Estado, representando a vontade soberana executiva, é a ordem judiciária representando a vontade soberana judiciária. Os poderes são os elementos constitutivos da vontade nacional soberana, enquanto ela é fracionada. A vontade nacional sendo soberana, cada um dos elementos que a compõe é soberano, cada um desses elementos de soberania é delegado por representação a um órgão e cada órgão exerce uma função diferente. Finalmente, um poder é um elemento fracionado da soberania. Incorporado em um órgão, o

²⁹ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 301-302.

³⁰ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 257.

³¹ BARBERIS, Mauro. Le futur passé de la séparation des pouvoirs. *Pouvoirs*. v. 4, n. 143, p. 5-15, 2012, p. 6.

qual exerce uma função correspondente. A soberania sendo indivisível, cada um desses poderes é soberano, e a soberania sendo una, ainda que exista vários poderes soberanos, existe apenas e somente uma soberania³².

O que pode existir é a partilha de competências, mas não a partilha de poder: cada órgão representa, nos limites de sua competência, o poder do Estado, uma única autoridade estatal³³.

Parte das controvérsias teóricas decorrem das formas díspares em que o termo separação de poderes tem sido tomado, gerando confusão no vocabulário político e constitucional. Múltiplas acepções podem ser elencadas: i) executivo, legislativo e judiciário, ora designa funções, ora designam os órgãos que as exercem; ii) imunidade de um órgão, seus titulares ou atos, quanto à interferência do outro, i. e., independência; iii) limitação ou controle do poder de um órgão mediante a capacidade conferida a outro órgão de impedir a perfeição dos atos do outro, ou mediante a responsabilização de um perante o outro; iv) participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função, para praticar um ato imputável a todos; v) incompatibilidade do exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos³⁴.

O termo poder é aqui entendido como a função desempenhada na tripartição de tarefas executivas, legislativas e judiciárias. Logo, poder legiferante ou poder de legislar diz respeito à capacidade e função de emitir legislação válida: é comumente exercido pelo legislativo, mas também exercido pelo executivo, o que constitui o foco principal da tese. Será dada preferência à utilização dos termos órgão e função.

Uma outra observação terminológica refere-se à diferenciação teórica entre os termos presidencialismo e presidencial. O sistema presidencial³⁵ seria o sistema puro, equilibrado, e

³² DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p.669.

³³ JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie : théorie juridique de l'État. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 164.

³⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 11-12.

³⁵ MOULIN, Richard. *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, p. 14; LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLEC, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 207.

o presidencialismo³⁶ seria sua deturpação com a proeminência do executivo sobre o legislativo, inclusive com certo culto da personalidade do presidente, a versão pejorativa do arranjo, especialmente na América Latina. Embora teoricamente essa diferenciação possa ser útil, sob o ponto de vista da partilha da função de legislar, seu potencial explicativo é baixo, por isso opta-se pelo uso do termo presidencialismo.

Desenvolvimento da tese

A tese está organizada em quatro capítulos. O capítulo 1 trata dos arranjos tradicionais de tripartição de funções, abordando conceito clássico de separação de poderes em suas variadas leituras e como o poder de legislar é comumente organizado em sistemas presidencialistas e parlamentaristas.

O capítulo 2 trata da transferência do poder de legislar para o executivo em decorrência da ampliação das funções estatais. A consequência é a criação de instrumentos de interferência do governo no processo legislativo ou delegação da função legislativa, entre eles a medida provisória.

No capítulo 3, o foco são as disputas ocorridas no Brasil entre executivo e legislativo em decorrência da ampliação do poder de legislar do primeiro que culminaram com a alteração do mandato constitucional e o processo legislativo de trâmite da medida provisória. São explorados os indicadores de aprovação, modificação do texto original, rejeição, a perda de eficácia e veto. A partir deles, explora-se a participação do Congresso e seu papel no controle da atividade legiferante do presidente da República.

O capítulo 4 enfatiza o papel assumido pelo judiciário na manutenção do equilíbrio entre governo e parlamento mediante o controle de constitucionalidade das medidas provisórias. Destaca-se o reconhecimento da faculdade do executivo julgar a relevância e a urgência, a rigidez do trâmite legislativo consagrado no art. 62 da CF e a inconstitucionalidade da não-pertinência temática de emendas incorporadas no projeto de lei de conversão.

³⁶ CONAC, Gérard. Pour une théorie du présidentialisme: quelques réflexions sur les présidentialismes latino-américains. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau: le pouvoir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 115-148, p. 147; DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18^a ed. Paris: PUF, 1990, p. 187.

A conclusão apresenta a síntese dos argumentos e das evidências empíricas encontradas para afirmar que a existência da medida provisória no arranjo constitucional brasileiro rompe as fronteiras clássicas da separação de poderes no presidencialismo e favorece o exercício da faculdade de controle do poder legislativo, complementada pelo impacto das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Relembra-se ao leitor a tese aqui defendida: a separação de poderes é um conceito ultrapassado e superado pelo protagonismo crescente do governo na função de legislar. Em decorrência do deslocamento do poder de legislar do parlamento para o governo, a atuação corretiva do primeiro e a atuação pontual do judiciário são fundamentais para manutenção do equilíbrio entre os órgãos. Nesse contexto, as medidas provisórias são instrumentos *sui generis* de proposição normativa que representam esse novo equilíbrio no compartilhamento da função legislativa entre governo e parlamento. O Congresso Nacional torna-se, precipuamente, controlador da ação legiferante do executivo e assim se apropria da produção normativa. O Supremo Tribunal Federal, como controlador da constitucionalidade das ações empreendidas pelo executivo e legislativo, interfere no equilíbrio de forças e influencia a dinâmica das relações entre eles.

CAPÍTULO 1 DA SEPARAÇÃO DE PODERES À COOPERAÇÃO NA FUNÇÃO DE LEGISLAR

A separação de funções legislativas e executivas em órgãos distintos, conhecida simplesmente como separação de poderes, deixa de fazer sentido na organização estatal contemporânea. É uma afirmação forte, que enfrenta um dogma clássico dos sistemas presidencialistas e que no Brasil carrega junto o receio do fortalecimento do executivo face ao legislativo. Porém, o sentido de tal afirmação é evidenciar o progressivo compartilhamento da função legislativa diante dos desafios de gestão do Estado, que expandiu suas atividades ao longo do último século. O arranjo funcional tripartite cede diante do estreitamento das relações entre executivo e legislativo, independentemente se o sistema de governo é presidencialista ou parlamentarista.

A separação de poderes é um conceito teórico com viés eminentemente prático: surgiu para limitar o poder da monarquia e propiciar o reequilíbrio político-social diante da transformação das relações sociais. Como conceito, é indissociável da constitucionalização, sendo a organização estatal e a forma de governo elementos do que a doutrina define como questões materialmente constitucionais. O cerne da limitação estava no poder de legislar: para fazer e aplicar uma lei, passa a ser necessária a concorrência de diferentes órgãos ou autoridades, diante do impacto que esta possui na vida dos cidadãos.

Nesse contexto, o exercício das funções de elaboração de leis, execução de políticas e manutenção da ordem jurídica por entidades distintas faz parte de uma construção histórica de combate ao poder absoluto despótico, característico dos regimes monárquicos, e de redesenho institucional com a ascensão ao poder de novos atores. Tal mudança está calcada na criação de um ideal democrático, para o qual a ideologia liberal colabora fornecendo os elementos de valoração de um novo modelo de vida em sociedade.

Esse novo modelo reveste a organização social e política em Estado de Direito e toma forma escrita com a constituição. A própria ideia de constituição confunde-se com a transição democrática, simbolizando-a. Constitui o pacto que marca a saída de regimes autoritários, vinculados à vontade de seu dirigente, rumo ao poder do povo e para o povo. Deixando o monarca de ser a figura social central, o poder de legislar por ele detido deve passar para o

grupo mais relevante: o povo, ou a nação. Como o povo não pode se envolver diretamente e cotidianamente nas questões de organização das relações sociais, a representatividade política apresenta-se como a solução para a participação no governo. Os representantes eleitos encarnam, no parlamento, a vontade da nação e são agora incumbidos da tarefa de feitura das leis, passando a lei a constituir elemento central da garantia das liberdades.

Os ideais liberais das revoluções francesa e americana marcam os regimes constitucionais modernos, que trazem consigo o pressuposto da separação entre os ditos poderes legislativo, executivo e judiciário. A separação é acompanhada de salvaguardas, ou poderes de controle de um sob os outros, freios e contrapesos, isto é, faculdade de impedir ações que ultrapassem as fronteiras do arranjo estabelecido. A organização desses poderes, convertidos em funções estatais, toma forma sob diferentes arranjos, em diferentes sistemas e regimes, admitindo inúmeras variações.

O modelo padrão da separação de funções envolve um órgão, comandado por uma pessoa, exercendo as funções executivas, e outro órgão, composto por muitas pessoas, exercendo as funções legislativas. A racionalidade desse arranjo é que uma pessoa como instituição pode ser muito efetiva na tomada de decisão e implementação; e várias pessoas como instituição podem ser mais representativas dos múltiplos valores e interesses da sociedade. É a divisão encontrada nas antigas monarquias constitucionais, nos sistemas parlamentares democráticos modernos, e em sistemas de *checks and balances*, com duas variantes: presidencialismo e semipresidencialismo³⁷.

Seja qual for o arranjo escolhido ou definido constitucionalmente, a dinâmica da separação de funções se realiza com nuances e cria conexões que, ao longo do tempo, convergem para o reforço da capacidade de legislar do órgão executivo. Tal reforço decorre da associação entre desenvolvimento dos países e ampliação das funções estatais: a dupla necessidade de acelerar o processo legislativo em situações especiais ou de contrapor o risco de paralisia decisória do parlamento converte-se em criação de ferramentas que ampliam a

³⁷ COLOMER, Josep M. Comparative constitutions. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org). *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 217-238, p. 218.

capacidade do governo em iniciar e pautar a agenda legislativa. Isso vale para sistemas presidencialistas, parlamentaristas ou mistos.

Distingue-se três elementos para compreender a criação e posterior superação do conceito de separação de poderes: (1.1) centralidade da função legislativa na separação de poderes; (1.2) organização de arranjos de cooperação no poder de legislar; e (1.3) ampliação da função legislativa diante das necessidades do executivo-governo.

1.1 Centralidade da função legislativa na separação e balança de poderes

A função legislativa é central no conceito de separação de poderes visto que tal teoria surgiu com fim prático imediato: definir as regras que circunscrevem o poder de legislar, pois quem faz a lei determina o destino da coletividade. Na esteira do fim do absolutismo monárquico, a constituição surge como o documento de garantia dos direitos dos cidadãos contra abusos dos atores políticos e a limitação da função legislativa é fundamental para manutenção das liberdades individuais. Cria-se, juridicamente, a separação entre funções legislativas, executivas e judiciárias que, posteriormente, precisam ser coordenadas para que o organismo estatal funcione.

As leis estabelecem as obrigações a que todos estarão sujeitos, daí a importância e centralidade da função legislativa. O combate ao absolutismo nada mais é do que demanda de participação feita por atores sociais que desejam ter voz, que desejam ser capazes de definir os rumos da nação. E tal definição passa pela faculdade de estabelecer as leis. Para evitar que uma só pessoa, o rei, possa legislar, fazer cumprir a lei, e julgar, é preciso retirar parte das suas capacidades. E transferi-las a quem também tem interesse na definição dos negócios públicos. Portanto, a separação de poderes é uma consequência da doutrina que combate o absolutismo e a tirania dos governantes, na qual o parlamento ascende como locus de participação da população na definição das normas de regulação das relações sociais.

A garantia de tal ideal é feita pela: (1.1.1) identidade clássica entre separação de poderes e constitucionalização dos regimes políticos. Intimamente vinculado à organização político-estatal, o conceito passa a ser apropriado de formas distintas: de um lado, (1.1.2) uma leitura estritamente jurídica; e, de outro, uma que (1.1.3) integra elementos jurídicos e políticos, retomando a leitura prática do conceito.

1.1.1 *Identidade clássica entre separação de poderes e constitucionalização*

A concepção de separação de poderes toma forma concreta com a constitucionalização dos regimes políticos e se torna a solução para o arranjo governamental. O nascedouro da doutrina mescla elementos sociopolíticos e jurídicos para construção de uma nova fonte de soberania para as nações, racionalizados em um documento dotado de valor próprio, vocacionado para representar a nova organização político-social: a constituição. Separação de poderes e representação democrática são imbricados. Por isso torna-se tão difícil abandonar o dogma da separação: parece que se estará ferindo a democracia.

O pensamento liberal fornece as bases para a elaboração do princípio da separação de poderes, que influencia a organização dos sistemas de governo e se imprime normativamente no documento fundamental que representará o pacto da nação: sua constituição. Esta cria valor e se impõe como regra na mesma medida em que se valoriza o primado da lei.

O plano de fundo teórico mais famoso para a doutrina da separação de poderes encontra-se nos escritos de Montesquieu. O cerne da construção está em prevenir o surgimento de um governo opressor. A preocupação é evitar a tirania de um único mandatário capaz de, por si só, legislar, dirigir o governo, e julgar, o que caracterizava os regimes monárquicos absolutistas vigentes até meados do século XVIII na Europa. Diluir o poder em diferentes órgãos ou entes para assim preservar melhor as liberdades e os direitos dos cidadãos, o que se faz pela associação original entre liberdade, limitação do poder e separação de poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe mais liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor³⁸.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

A conclusão de Montesquieu é dividir o poder para impedi-lo de ser arbitrário. A lei é o ponto de partida para a divisão ou separação de funções: uns a fazem, outros a aplicam, e outros cuidam dos litígios em torno dela³⁹. A separação não é o objetivo, mas sim a solução para o arranjo governamental.

Por trás da separação, está a ideia de fundo político de que o poder pode parar o poder, isto é, a noção que, de alguma forma, os órgãos, exercendo funções distintas e complementares, serão capazes de evitar que algum deles desponte como tirânico.

A separação resulta de duas capacidades: há uma faculdade de estatuir e uma faculdade de impedir. A primeira é força criadora, ou de correção sobre quem teve a iniciativa de criar, e a segunda é o direito de anular uma decisão de outrem. O desenho do governo implicará, portanto, duas assembleias, uma com a capacidade de revisão sobre a outra, formando o corpo legislativo, e um terceiro, executivo, com capacidade de impedir as decisões do poder legislativo. Ao legislativo deve ser concedida também a competência de supervisionar o executivo para aferir em que medida são executadas as leis. O poder de julgar, a seu turno, também se encontra destacado dos demais, a ser exercido conforme a necessidade⁴⁰.

Reforça-se: a essência da doutrina está nas competências de estatuir e impedir. A separação decorre da necessidade de equilibrar, contrabalançar, moderar o exercício da faculdade de estatuir, que virá a ser conhecida como poder de legislar.

Essas ideias, assim brevemente resumidas, influenciam a reorganização dos sistemas de governo de forma escrita no final do séc. XVIII, isto é, constitucionalizados em uma lei fundadora ou lei fundamental. A noção de constitucionalismo se identifica com a limitação do poder pela constituição e com a submissão do Estado ao direito⁴¹. Assim, a história do

³⁹ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 162-164.

⁴⁰ MONTESQUIEU, B. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168-176.

⁴¹ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: Presse Universitaire de France, 2015, p. 147.

constitucionalismo é a história da busca do homem pelas limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder⁴², para a qual a separação dos poderes é o clímax⁴³.

O grande desafio dos primeiros pensadores e arquitetos constitucionais da separação de poderes foi desenhar um sistema que, por sua própria estrutura, pudesse produzir o resultado da garantia do respeito à constituição e às liberdades. A importância do desenho institucional é evidente.

O esforço dos iluministas era pensar um modelo no qual a vontade individual, identificada como potencialmente arbitrária, não desempenhasse nenhum papel, em que o sagrado fosse somente a lei, impessoal⁴⁴. A separação de poderes é originalmente um expediente jurídico-constitucional para garantia do primado dessa lei⁴⁵, baseada em uma ideia muito simples: a lei tem um caráter geral e a autoridade que a edita não deve ser a mesma que a executa⁴⁶.

Nesse contexto, a constituição aparece como um conjunto de regras que podem produzir certos efeitos que constringem a ação dos atores e os condicionam a adotar certos comportamentos, isto é, tem-se a percepção de que as disposições vigentes determinam estratégias e comportamentos⁴⁷.

Ela representa uma situação concreta de uma unidade política e a ordenação de um Estado, confundindo-se com este mesmo Estado. Pode ser uma maneira específica dessa ordenação política e social ou representar uma força dinâmica que impulsiona o futuro de uma unidade política. No sentido absoluto, pode significar uma regulação legal fundamental⁴⁸.

São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições, em uma palavra, definem a sua constituição, com o propósito de limitar o poder com uma norma que seja a ele

⁴² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 150; 160.

⁴³ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 25.

⁴⁴ ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015, p. 40.

⁴⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 53.

⁴⁶ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 32.

⁴⁷ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 216.

⁴⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 33-36.

superior, modelada de maneira racional para concretizar as regras que definem a organização fundamental do Estado fortemente inspirada, na sua gênese histórica como documento escrito, por ideias liberais⁴⁹.

Ter órgãos distintos para cuidar da fabricação das leis, da execução das leis, e do julgamento sobre o cumprimento das leis e o controle de constitucionalidade dessas mesmas leis é, hoje em dia, um valor das sociedades contemporâneas. E as regras da separação, relação, e equilíbrio entre poderes são postas constitucionalmente.

Na própria constituição é estabelecida a maneira como cada poder, no sentido de órgão, deverá se relacionar um com o outro e as funções, ou poderes, que irá exercer. Seria a inter-relação e a interdependência que trariam o equilíbrio e evitariam a tirania. É essa divisão ou equilíbrio em sua distribuição que dá substância e significado à separação de poderes: um faz a lei, o outro veta; se não há acordo, lei não se faz⁵⁰.

Operou-se, portanto, uma bem-sucedida junção entre ideais liberais, uma teoria de limitação do poder absoluto, uma doutrina com recomendações concretas para a organização política do Estado e um documento que reflita e simbolize tudo isso. Como ocorre com as doutrinas em geral, ela passa a ser entendida e explicada a partir de diferentes perspectivas que permitem reforçar um ou outro aspecto da separação de poderes e a função que exerce na organização estatal.

1.1.2 A leitura jurídica da separação de poderes

A partir do momento em que separação de poderes inscreve-se como um princípio normativo-constitucional, faz-se automaticamente uma leitura jurídica do seu significado. Entretanto, o percurso teórico do desenvolvimento desse conceito engloba múltiplas acepções. A vertente jurídica é uma das maneiras de se compreender e aplicar a divisão das atribuições estatais, com implicações para a prática e a teoria constitucional.

A junção entre constitucionalização e separação de poderes operou-se a partir de pontos de referência de origens distintas: o conceito de lei tem suas origens em Rousseau e

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁰ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 212-213.

Kant. A separação Estado e Sociedade como ideia desenvolveu-se primeiro na Alemanha e depois exprimiu o espaço exclusivo do político contraposto a uma sociedade nivelada ou composta por indivíduos iguais em direito. O Estado mínimo perante a autonomia privada que origina o sistema de pesos e contrapesos é, por sua vez, uma construção anglo-saxã⁵¹.

Sob o ponto de vista jurídico, o cerne da separação decorre da centralidade da lei. As três diferentes funções, executiva, legislativa e judiciária, não possuem o mesmo peso para a garantia das liberdades. A função legislativa destaca-se das demais, por ser ela a que possui a maior possibilidade de gerar danos aos indivíduos: se o Estado constitucional é o império da lei, essa lei precisa respeitar certos valores democráticos. No caso, o respeito a certas liberdades individuais. Chega-se então a um círculo: a busca pelas liberdades e a luta contra a tirania leva à constitucionalização, que, por sua vez, deve garantir, pela via legal, o respeito das liberdades individuais almejada. Daí a importância do poder legislativo, entendido como a suprema manifestação da vontade do povo, e o cuidado para que seu exercício seja sempre em prol do povo.

A centralidade da lei faz com que o conceito de separação de poderes focalize a especialização do exercício da função de legislar. Tal especialização converte-se em independência e autonomia completa do órgão encarregado de exercê-la. Nessa acepção, dilui-se o aspecto de mitigação do exercício do poder, especialmente o legislativo.

Se cada órgão precisa ser especializado, a função a ser desempenhada por cada um também é de domínio exclusivo. Uma vez incumbido o legislativo de formular as leis que regem uma determinada sociedade, ao executivo caberia aplicá-las e ao judiciário zelar tanto pelo seu cumprimento como pela sua adequação ao que foi estabelecido no texto constitucional.

Nesse ponto, a interpretação do que se entende como poder faz toda a diferença. A doutrina clássica pressupõe poderes enquanto órgãos e, por isso, é necessário confiar as três funções a autoridades absolutamente distintas e independentes, perfeitamente separadas

⁵¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 148.

funcionalmente, exercendo tal função de forma integral, exclusiva e totalmente independente, que não possam revogar umas às outras; e impedir qualquer contato ou comunicação⁵².

Da especialização decorre a independência.

É a interpretação chamada de rígida, única que justifica, com rigor, o uso do termo separação de poderes. Seus adeptos pretendiam reconstruir o direito constitucional, daí porque a teoria de Montesquieu serve de base com os critérios técnicos da especialização funcional e independência entre os órgãos⁵³.

Seriam essas duas regras, especialização e independência, que operariam a garantia da liberdade e permitiriam a classificação dos regimes políticos, mas sem que isso signifique que se esteja de acordo com o próprio princípio original da separação de poderes⁵⁴.

A especialização, embora uma medida clara do grau de separação de poderes, foi construída em duas vertentes teóricas: uma que parte da negação da separação de poderes a partir da negação da própria possibilidade de separação, ressignifica o conceito e avança na necessidade de especialização, e outra que desdobra a separação de poderes e reforça o critério de independência. Tem-se, portanto, dois movimentos que culminam nas mesmas conclusões: o primeiro se coloca contra a separação de poderes com base em um conceito maior, de indivisibilidade da soberania, e outro que, admitindo a divisão, trata de defender as bases da operação constitucional dessa divisão.

No primeiro movimento, diante da negação da possibilidade de equiparar autoridades distintas a poderes distintos e independentes, o que feriria a soberania, constrói-se uma teoria da separação formal entre os órgãos. O poder estatal é soberano e indivisível. Dessa forma, é de competência que se deve tratar. Progressivamente vai-se desenhando uma separação baseada em funções associadas a determinadas competências, que podem ou não coincidir com um determinado domínio. Em tal construção, sobressaem os elementos de funções e

⁵² EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192, p. 166.

⁵³ BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris : Dalloz, 2012, p. 705-732; p. 718.

⁵⁴ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 223-236.

órgãos que, posteriormente, vão constituir uma espécie de divisão de trabalho material e formal.

A divisão significa confiar cada uma das funções a órgãos diferentes, que tomam o nome da respectiva função, fundamentando-se em especialização funcional e independência orgânica⁵⁵. A cada órgão sua função, sua esfera de autoridade separada.

Uma separação conforme graus de autoridade consiste em três elementos, cada um relacionado a uma competência. Primeiro, somente o parlamento pode realizar os atos de autoridade legislativa: somente ele pode estatuir. Segundo, as autoridades administrativas, isto é, executivas, só podem conferir a suas decisões o valor de atos ou medidas administrativas, valor inferior ao da lei ou das decisões dos tribunais, e como autoridade executiva só pode agir em conformidade com as leis e dentro dos limites por elas conferidos. Terceiro, os juízes só podem se manifestar com base no direito legal, estabelecido; no silêncio da lei, podem estatuir somente inter partes⁵⁶.

Nessa formulação, a separação de poderes ganha o viés meramente jurídico-formal. A justificativa é que é inconcebível a separação conforme descrita por Montesquieu diante da indivisibilidade do poder estatal.

A competência dos diferentes órgãos, a forma com sua vontade se exprime, as condições necessárias à validade jurídica dessa expressão de sua vontade, todas são elementos que devem ser fixados em princípios jurídicos. As regras jurídicas possuem papel preponderante no curso real da organização política, de maneira que a designação do indivíduo à qualidade de órgão só pode ser feita em conformidade com as disposições que regulam juridicamente essa designação do titular de cada função⁵⁷.

Reconhece-se que não se trata de uma separação de funções: os atos legislativos, executivos, judiciários podem ter conteúdo idêntico, mas a mesma decisão adquire um valor

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 110-111.

⁵⁶ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo II. Paris: Éditions du CNRS, 1962, p. 113.

⁵⁷ JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie : théorie juridique de l'État. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 224.

diferente segundo a autoridade que a emite, e as condições nas quais uma decisão pode ser tomada variam segundo a autoridade que a toma; isto é o que significa atualmente a separação de poderes⁵⁸. Prepondera, portanto, o órgão emitente.

É necessário distinguir entre funções materiais e funções formais, i. e., entre as grandes direções que toma a atividade política e as atividades dos diversos grupos de órgãos. As funções materiais resultam da relação entre atividade do Estado e objetivo do Estado, e as formais associam-se a quem desempenha a atividade. As funções materiais são partilhadas entre órgãos relativamente independentes uns dos outros, de sorte que a maioria de determinadas funções relacionadas a um mesmo objeto entre na atividade de um órgão, o que faz com que a separação de funções corresponda à divisão do trabalho entre os órgãos. Em seguida, resulta a distinção de funções formais entre as funções dos órgãos legislativos, administrativos e judiciários⁵⁹.

Essa vertente não nega, em absoluto, o acúmulo de funções. Ao contrário, permite viabilizá-lo pelo critério orgânico-formal, dando a cada ato um peso distinto e reservando valor superior aos atos legislativos. Não se trata sequer de especialização, mas de autorização legal.

No segundo movimento em prol da especialização para garantia da separação de poderes, é o povo soberano que autoriza cada titular a exercer um tipo de poder. Os atributos da soberania considerados como verdadeiramente distintos devem ser delegados pela nação a titulares diversos e independentes uns dos outros. Nesse contexto, refazer a separação de poderes ao mesmo tempo em que se admite a necessidade de coordenação executivo e legislativo significa que os poderes reconhecidos distintos devem ter titulares distintos e independentes uns dos outros no sentido de que o titular de um poder não possa remover à bel prazer o titular de outro⁶⁰.

⁵⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo II. Paris: Éditions do CNRS, 1962, tome II, p. 114.

⁵⁹ JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie: théorie juridique de l'État. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 316-7, p. 323.

⁶⁰ ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 451, p. 464-5.

A independência entre órgãos, por sua vez, é critério simples e intuitivo, que carece de menos justificativas do que a especialização.

A independência opera-se na escolha de ministros e na sua relação com o parlamento. São agentes do executivo e não podem ser, ao mesmo tempo, membros do legislativo. Por consequência, possuem acesso limitado aos deputados e não podem ser consultados durante a elaboração legislativa. Por fim, o único vínculo político que possuem é com o presidente⁶¹.

Também significa ausência de participação do executivo no poder legislativo e do legislativo no executivo, seja visto o judiciário como independente ou não. A dificuldade, neste ponto, é compatibilizar a independência com a limitação mútua, com o estabelecimento de contrapesos contra a invasão de competências definida pelo critério da especialização.

Juntas, as ideias de especialização e independência formam um quadro bastante específico para a organização jurídico-constitucional: cada órgão deve ser especializado em sua função e independente do outro para sua própria composição.

Para aplicar essa noção, tida como princípio da separação, três cláusulas-parâmetro devem ser consideradas: 1) independência e harmonia, com um mínimo e um máximo de independência de cada órgão, e um mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico de poderes; 2) indelegabilidade de poderes; e 3) inacumulabilidade de funções de poderes distintos, pois a acumulação de funções é mais propícia a conduzir à confusão de poderes, ainda que também possa servir à harmonização⁶².

Em ambos movimentos, existe uma hierarquia entre autoridades, com a legislativa sobrepondo-se às demais: o parlamento tira sua superioridade do fato de ser órgão representativo, enquanto executivo e tribunais são, nas suas relações e ligação com a nação, simples autoridades⁶³. Na democracia, é o povo ou seu órgão secundário, o legislativo, o ente

⁶¹ ESMEIN. Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 466-470.

⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 15-16.

⁶³ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Econômica, 1984, p. 155.

superior que suscita a atividade estatal e pode decidir soberanamente⁶⁴. O reconhecimento do legislativo como o poder preponderante relaciona-se também com sua qualidade de regulador dos demais, consequência da própria capacidade de fazer leis⁶⁵.

Do ponto de vista jurídico, tem-se, portanto, a manutenção do princípio da separação de poderes como: (a) questão meramente formal vinculada ao emissor do ato; (b) reduzida à incapacidade de destituição mútua; (c) com relativa sobreposição entre funções materiais e formais, induzindo à equivalência entre função e órgão.

Essa é a interpretação que acabou dominando o constitucionalismo corrente. Chamamos de chefe de Estado, ou governo, o executivo, ainda que esses constituam, como é o caso dos sistemas parlamentaristas de derivação britânica, órgãos essenciais da função legislativa. Somente o parlamento é tido como legislativo. A consequência é que, a partir do momento em que a separação de poderes passa a ser tida como especialização, os procedimentos de colaboração entre os poderes passam a figurar como uma exceção ao princípio, e não como uma tradução da gestão do próprio princípio, como deveria ser⁶⁶.

O enfoque jurídico é centrado no primado da lei. A separação de poderes e a *rule of law*, embora distintos, possuem elementos em comum: insistir em ser governado sob o império da lei significa, entre outras coisas, insistir em ser governado por um processo que responda à articulação institucional requerida pela separação de poderes. Deve existir elaboração normativa antes de jurisdição ou administração. Deve haver decisão judicial, e o devido processo, antes de haver imposição de sentença⁶⁷.

Quanto ao poder jurisdicional, ele é, na origem, elemento da função executiva como aplicação da lei, daí a separação de poderes. Quem faz a lei não deve aplicar a lei. Em Montesquieu, o judiciário é um poder politicamente nulo, que não deve exercer papel

⁶⁴ JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie: théorie juridique de l'État. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 239-240.

⁶⁵ ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 464.

⁶⁶ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 190.

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. *Boston College Law Review*, v. 54, n. 2, p. 433-468, 2013, Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>>. Acesso em: 11dez.2017, p. 459.

algum⁶⁸, apenas executar as prescrições legais. Não obstante, é para o desempenho desta função pelo judiciário que se aplica melhor os critérios de especialização e independência, isto é, separação de poderes no sentido verdadeiro, em que o termo poderes significa a) órgãos em referência a sua independência e b) funções em referência a sua especialização⁶⁹.

O judiciário participa do princípio da separação de poderes mediante formulações teóricas posteriores à Montesquieu. Só é alçado à categoria de igual ou contraparte ao legislativo e executivo em desenvolvimento teórico indissociável da valorização do conceito de constituição e da necessidade de se zelar por seu cumprimento. É quando a faculdade de impedir passa a ser tão relevante quanto a de estatuir que esta autoridade se destaca. Seu valor está, portanto, em elemento da balança de poderes, do controle mútuo entre os órgãos, uma vez que não pode compartilhar de um elemento essencial dos demais: a característica de representante eleito pelo sufrágio universal, reservada ao legislativo e executivo.

A dificuldade da leitura jurídica da separação de poderes, fundada na organização constitucional de órgãos com competência primordial sobre determinada função, portanto especializados, e independentes uns dos outros, é que tende a crer na necessidade de separação absoluta entre esses mesmos órgãos.

Uma separação absoluta, com isolamento entre as organizações que realizam as atividades de Estado, seria que o corpo legislativo não teria nenhuma influência no governo, nem estaria o legislativo submetido ao controle judicial, fatos historicamente refutados: não haveria veto, nem promulgação de lei pelo executivo, nem delegação legislativa, nem eleição do chefe de governo pela assembleia, nem controle de constitucionalidade, etc⁷⁰. Até críticos admitem que Montesquieu não elaborou a especialização da função dentro de um órgão⁷¹.

A equivalência entre função e poder no conceito de separação de poderes é deletéria por suas razões. Primeiro, dá vazão a uma concepção rígida da separação de poderes, onde

⁶⁸ EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192, p. 181.

⁶⁹ BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris: Dalloz, 2012, p. 705-732; p. 710.

⁷⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 187-197.

⁷¹ JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie: théorie juridique de l'État. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 314.

cada poder equivale a uma função e uma mesma função a um só poder. Segundo, dá motivo a um ceticismo completo sobre a utilidade da separação de poderes porque nada acrescenta à separação de funções, visto a única coisa a acrescentar seria a rigidez tida como nociva⁷².

O mito, transformado em dogma constitucional, resiste, pois é forte o apelo da preponderância da função legislativa e sua alocação somente nas mãos dos representantes do povo. Porém, a dimensão exclusivamente jurídica não é a única forma de interpretação da separação. Incorporando a dimensão política, passa-se também a destacar as relações entre os órgãos, recuperando o aspecto da faculdade de impedir.

1.1.3 A integração jurídico-política na balança de poderes

Uma segunda visão da separação de poderes promove a integração entre os elementos jurídicos do princípio normativo-constitucional da separação e os elementos políticos inerentes à organização estatal. Especialização e independência deixam de ser centrais, ao mesmo tempo em que a separação funcional continua necessária. O foco passa às relações entre os órgãos e à necessidade de contrabalançar o exercício das funções mediante a faculdade de se impedir mutuamente.

Sob o ponto de vista político-jurídico, o princípio da separação de poderes combina o primado da lei à ideia de democracia representativa, constituindo a base da organização político-social do Estado que presa pela garantia das liberdades individuais. Contudo, a primazia da função de legislar, de estatuir, é deixada de lado em prol da coordenação da ação entre os órgãos e de maior destaque à faculdade de impedir.

A repartição de competências precisa ser mantida para garantir a liberdade política ou segurança jurídica, mas sem hierarquia entre os órgãos especializados nas funções de legislar, executar e julgar, sob o risco de um deles acabar reunindo a totalidade dos poderes. Fundamentalmente, a liberdade civil ou o respeito à autonomia individual não existirá se a

⁷² HARIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2015, p. 348.

separação de poderes implicar em domínio exclusivo da lei e esta lei atentar contra a liberdade⁷³.

Retoma-se o objetivo de separar funções para evitar a concentração em um único detentor⁷⁴, agora sob a ótica de princípio negativo: os poderes são separados desde que não estejam confundidos, isto é, que o exercício de uma função não seja atribuído aos mesmos órgãos⁷⁵. Sob o nome de separação de poderes, o que existe hoje é uma colaboração de órgãos de representação e uma repartição de funções: os poderes devem ter uma ação recíproca um sobre o outro e viver em íntima colaboração⁷⁶.

A especialização é abrandada e a independência cede espaço à interdependência.

A separação de poderes implica, portanto, uma colaboração de poderes. O termo consagrado engana: em realidade, os regimes políticos modernos funcionam menos baseados na independência funcional e mais sobre a interdependência funcional, contrabalançada por uma independência orgânica. A vocação fundamental do princípio é moderar os poderes e conceder a alguns órgãos a faculdade de impedir que os outros abusem de suas prerrogativas⁷⁷.

Os poderes públicos são separados, mais colaboram às mesmas funções governamentais e, dessa colaboração, resultam ligações entre eles. Sem dúvida, não poderiam colaborar se não fossem separados, e a separação permanece a condição primeira de operação, mas infelizmente não se encontrou outra maneira de designar o sistema que associe as ideias colaboração e ligação à ideia de separação⁷⁸.

Em uma leitura atenta das prescrições de Montesquieu, vê-se o executivo avança no legislativo com o poder de veto, o legislativo tem o direito de acompanhar e supervisionar a

⁷³ TROPER, Michel. La V^e République et la séparation des pouvoirs. In *La V^e République: des institutions libérales? Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de culture juridiques*, n. 43, p. 33-44, 2006, p. 35.

⁷⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2^a ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 56.

⁷⁵ EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192, p. 180.

⁷⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p.662; p.665; p. 675.

⁷⁷ BEAUD, Olivier. La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée. *AJDA*, n. 3, 2013, p.137.

⁷⁸ HARIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2015, p. 356.

execução das leis, sem que seja necessariamente pela via da responsabilidade ministerial perante o parlamento, e o legislativo avança seriamente sobre o judiciário ao julgar os nobres, ao tratar de anistia, e de processos políticos⁷⁹.

Ainda que se mantenha o uso eventual do termo separação de poderes, a perspectiva é de uma separação flexível de poderes, em que o próprio uso do termo é considerado inadequado, embora persistente. A separação é flexível porque a especialização deixa de ser a base da distinção e, conseqüentemente, deixa de haver equivalência completa entre órgão e função.

Nesse contexto, o princípio da separação efetiva-se pela mitigação e balança de poderes, com funções diferentes segundo a distinção de Montesquieu, mas uma mesma função sendo partilhada, em modalidades variadas, entre várias autoridades concorrentes⁸⁰. A separação de poderes significa somente que haverá diferentes órgãos e diferentes funções: a questão gira em torno da definição entre especialização de funções ou balança de funções entre os órgãos⁸¹.

Na balança de poderes, órgãos diferentes concorrem para o exercício das funções estatais legislativas e executivas; é uma separação flexível, que se aplica apenas aos órgãos políticos⁸², isto é, executivo e legislativo. Separação equivale à equilíbrio ou balança na atribuição de funções políticas concorrentes⁸³. Não deve haver exclusividade de nenhum órgão no exercício de uma função⁸⁴. Se está distribuído e exercido conjuntamente, o poder está, ao mesmo tempo, limitado e controlado⁸⁵.

O equilíbrio, ou balança de poderes, não se realiza se cada uma das funções, ou ao menos e principalmente, a função legislativa não for partilhada entre várias autoridades. É a

⁷⁹ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, la politique et l'histoire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 101.

⁸⁰ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 189.

⁸¹ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 305.

⁸² BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris: Dalloz, 2012, p. 705-732; p. 710.

⁸³ BARBERIS, Mauro. Le futur passé de la séparation des pouvoirs, *Pouvoirs*, v. 4, n. 143, p. 5-15, 2012, p. 6.

⁸⁴ GALIANO, Leonardo de Faria. *As medidas provisórias como veículo indutor de normas tributárias*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 142.

⁸⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 232.

função legislativa que merece o olhar mais atento na sua distribuição e, portanto, o poder que deverá ser realmente dividido. Na tripartição de funções, o que se flexibiliza, ou se atenua, é a especialização de atividades legislativas, não a divisão funcional.

A visão jurídico-política está, portanto, intimamente relacionada com a noção de balança de poderes, de limitação do exercício de funções, que é uma preocupação política. Ao mesmo tempo em que admite que haverá uma partilha de funções entre órgãos distintos, destaca-se a capacidade de impedir um ao outro. Para que seja possível o controle mútuo, é preciso haver colaboração e controle no desempenho das funções.

A balança opera com a partilha da função legislativa e a única forma do poder executivo ser, de fato, um contrapeso ao legislativo é se ele exerce competências externas à função executiva⁸⁶. Se o executivo deve participar do exercício da função legislativa, significa, na prática, ausência de qualquer especialização funcional para cada um⁸⁷.

A separação funcional entre executivo e legislativo, portanto, nunca foi, nem pode ser, absoluta. A diferenciação de funções não serve para a separação, porque daria surgimento a uma pluralidade de atividade estatais isoladas, sem conexão nenhuma⁸⁸. A atuação independente especializada torna impossível a faculdade de controle mútuo: são logicamente incompatíveis⁸⁹. A harmonia entre os poderes significa interferências para o estabelecimento dos freios e contrapesos⁹⁰. Ao controle se acrescenta a cooperação entre as funções estatais, propiciando a sobreposição de linhas divisórias incompatíveis com separação orgânica rígida⁹¹.

A partilha é necessária justamente para permitir o controle, e se viabiliza com a legitimação democrática do governo, agora eleito e alçado à qualidade de representante da nação, assim como o parlamento.

⁸⁶ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 232.

⁸⁷ Idem. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: Dalloz, 2015, p. 125.

⁸⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 187.

⁸⁹ EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192, p. 175.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 112.

⁹¹ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

A dialética do poder de estatuir e o poder de impedir teorizada por Montesquieu colocou o princípio fundamental de funcionamento dos regimes políticos: a dualidade do poder e do contra poder⁹².

O problema deixa de ser apenas jurídico e forma um *continuum* entre análise das estruturas constitucionais e das forças sociais, i. e., análise dos poderes do Estado por referência às forças político-sociais que os hão de titular e a análise dos poderes segundo as funções que devem desempenhar, que são duas dimensões não necessariamente ou inteiramente harmonizáveis: a dimensão orgânico-funcional e a dimensão político-social⁹³.

Na concepção original são, em verdade, dois poderes, executivo e legislativo, e três autoridades: o rei, a câmara alta e a câmara baixa. Trata-se, antes de tudo, de um problema político de relação de forças e não um problema jurídico de definição da legalidade e das esferas. A partilha de poder entre as autoridades constitui a moderação, o equilíbrio entre os poderes, ou moderação das pretensões de uma autoridade pelo poder de outras⁹⁴. A chave do princípio de separação de poderes é a moderação, a partilha de poder entre as autoridades⁹⁵. Nisso consiste que, “pela disposição das coisas, o poder limite o poder”⁹⁶.

O único e verdadeiro problema político é governo e parlamento, que partilham as duas funções políticas, executiva e legislativa; o que se induz de Montesquieu é que isso é feito por meio jurídico: tornando-os juridicamente independentes um do outro⁹⁷. A separação de funções é meramente uma técnica; a separação de poderes é substancialmente política⁹⁸. Daí a ligação estreita entre a doutrina da separação de poderes, constituição e democracia.

⁹² CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane, *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2016, p. 173.

⁹³ PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 104-105.

⁹⁴ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, la politique et l'histoire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 103-104.

⁹⁵ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 172.

⁹⁶ MONTESQUIEU, B. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

⁹⁷ EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192, p. 181-182.

⁹⁸ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 12.

Quando existem vários órgãos de representação, todos colaboram necessariamente na atividade geral do Estado, mas o modo de participação de cada um é naturalmente diferente, regulado pela constituição de cada país, e o que chamamos equivocadamente de separação de poderes é a diversidade de participação desses diferentes órgãos na atividade geral do Estado⁹⁹. A separação corresponde a uma divisão de tarefas estatais entre distintos órgãos, autônomos e, nesse sentido, denominados poderes¹⁰⁰.

Dado que o exercício do poder está distribuído entre diversos órgãos estatais, estes se veem constitucionalmente obrigados a cooperar para formação da vontade estatal. Sob uma interpretação rígida, o veto presidencial ou a iniciativa legislativa, ainda que indireta, contrapõem-se ao princípio da separação, em vez de, como na lógica original, terem a intenção de realizá-la; passam a ser vistos como atos de poder executivo, e não inerentes aos mecanismos de freios e contrapesos¹⁰¹. Um poder de recurso sobre o poder de decisão é uma apropriação do poder de decidir, não uma simples participação no seu exercício¹⁰².

A separação de poderes não funciona sozinha, ela atua ao lado de outros princípios basilares da legitimidade institucional: a) separação de funções do governo (princípio da separação em si); b) divisão de poder, i. e, evitar a concentração de muito poder político nas mãos de uma pessoa, grupo ou agência (princípio da divisão de poder); c) concorrência de uma entidade governamental sobre as ações da outra para checar ou vetar suas ações (princípio dos pesos e contrapesos); d) necessidade de aprovar leis por duas assembleias legislativas (princípio do bicameralismo); e) distinção entre poderes atribuídos ao governo federal e aqueles reservados aos estados (princípio do federalismo)¹⁰³.

⁹⁹ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p.690.

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

¹⁰¹ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 190-191.

¹⁰² CLAUS, Laurence. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 11, set. 2004. Disponível em: <http://digital.sandiego.edu/lwps_public/art11>. Acesso em: 17dez.2018, p. 26.

¹⁰³ WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. *Boston College Law Review*, v. 54, n. 2, p. 433-468, 2013, Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>>. Acesso em: 11dez.2017, p. 438.

Para que um poder possa contrabalançar o outro é preciso desenhar, constitucionalmente, pontos de contato ou colaboração. Volta-se ao dilema inicial da constituição dos estados modernos.

O equilíbrio, em si, é busca eterna, o Santo Grau do pensamento constitucional. Hoje e ontem tenta-se “reequilibrar” uma partilha desigual diante de um postulado permanente: o “desequilíbrio” institucional. A separação de poderes é, na realidade, uma teoria de geometria variável onde todo “equilíbrio” irá se satisfazer em si mesmo desde que a maioria nele se reconheça¹⁰⁴.

Nessa perspectiva, uma constituição autêntica¹⁰⁵ deve possuir os seguintes elementos mínimos: a) diferenciação de tarefas estatais e sua assinalação a diferentes órgãos ou detentores de poder; b) mecanismos planejados para estabelecer a cooperação entre diferentes detentores de poder; c) mecanismo planejado para evitar o bloqueio entre os detentores de poder e a tomada de decisão unilateral por um deles, o que seria característica da autocracia; d) método estabelecido para reformar a constituição, adaptá-la às mudanças sociais e políticas e evitar rupturas revolucionárias; e) reconhecimento expresso dos direitos e liberdades fundamentais, fruto do *telos* (ou ideologia) liberal.

Os elementos a, b e c acima tratam principalmente da relação entre os poderes executivo e legislativo e de como um pode servir de controle ou limitação ao outro. O controle exercido mutuamente, respeitada a independência funcional entre eles, é permanente, contínuo e constitui o cerne da dinâmica política: o legislativo participa da decisão política e o executivo necessita da sua colaboração para levar a cabo o seu programa de governo. Não é possível estabelecer completa independência no exercício da função executiva, uma vez que ela depende de decisões tomadas anteriormente no âmbito legislativo. Da mesma forma, as decisões do legislativo não podem ser cegas às necessidades e limites concretos enfrentados pelo executivo. Assim, é somente com o concurso dos dois poderes políticos, executivo e

¹⁰⁴ VERGELY, Daniel. L'équilibre des pouvoirs: une utopie constitutionnelle. *Revue du droit public*, n. 4, p. 1451, 2009.

¹⁰⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 153.

legislativo, que as decisões executivas e legislativas se iniciam e se completam, à parte, é claro, o domínio estritamente administrativo do primeiro.

O favorecimento de uma colaboração funcional no lugar de uma separação orgânica acentuada inscreve-se perfeitamente na lógica das democracias majoritárias. Nelas, a releitura da separação de poderes significa imaginar uma nova relação entre faculdade de impedir ou controlar, na esfera política nas mãos da oposição parlamentar ou da segunda casa legislativa¹⁰⁶.

A especialização da função típica da visão estritamente jurídica implica uma visão rígida de separação de poderes, que contraria inclusive a prática da grande maioria dos sistemas democráticos contemporâneos, especialmente os parlamentaristas, que pela própria natureza possuem fronteiras mais difusas entre executivo e legislativo. A rigidez também é inadequada nos sistemas presidencialistas, nos quais a balança de poderes atua para garantir a cooperação e participação na função de legislar.

A visão jurídico-política resgata o principal da doutrina da separação de poderes, que infelizmente continuaremos a chamar por esse nome, embora o essencial do ensinamento seja a separação das faculdades de estatuir e impedir.

1.2 Arranjos de cooperação no poder de legislar: presidencialismo e parlamentarismo

No compartilhamento da função de legislar e na busca por estabelecer os freios e contrapesos entre os poderes, os instrumentos de cooperação e contato entre os órgãos legislativo e executivo irão variar conforme estejam inseridos em sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. Portanto, a escolha do mecanismo de exercício e representação do poder político é indissociável do modelo jurídico de organização das funções executivas e legislativas. Em comum, ambos operarão a partilha da função de legislar, de início de formas distintas e, com o tempo, convergindo para o aumento da participação do executivo-governo.

Presidencialismo e parlamentarismo são dois sistemas de organização das diferentes funções estatais, especialmente o funcionamento e a partilha da função legislativa. Em ambos

¹⁰⁶ MONTIS, Audrey de. La séparation des pouvoirs sous la V^e République : de la prééminence à la tempérance de l'organe exécutif. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018. p. 35-48 ; p.38-39.

não existe separação completa e especialização absoluta de funções. Cada um apresenta soluções distintas para promover o compartilhamento da função legislativa. Na prática, os sistemas presidencialistas combinam diferentes instrumentos para possibilitar a participação do governo na função legislativa, o acontece de forma mais clara nos sistemas parlamentaristas.

Com origens culturais incomparáveis, o parlamentarismo europeu, no nascedouro associado à monarquia inglesa, e o presidencialismo da ex-colônia europeia, o agora independente Estados Unidos da América, são os grandes referenciais da separação de funções político-administrativas. A constituição nascida com a Revolução Francesa, embora seja profundamente inspirada nas ideias liberais e de separação das funções estatais, teve vida curta diante da instabilidade vivida no país. Na Inglaterra, por sua vez, o parlamentarismo monárquico foi se desenvolvendo e aprofundando os contornos desse tipo de sistema que será adotado por outras monarquias e após a transição republicana de vários países europeus.

Sob o ponto de vista da doutrina, a separação de poderes toma contornos mais ou menos rígidos conforme o sistema político adotado. Fala-se em separação rígida para sistemas presidencialistas e em separação flexível para os parlamentaristas. A classificação de rígido seria baseada na independência e especialização no exercício das funções. Assim, sendo os órgãos independentes na forma de recrutamento e especializados nas funções legislativas, executivas e jurídicas, tem-se um sistema rígido de separação, como, em teoria, no presidencialismo. Quando os órgãos são especializados, porém não independentes, visto que um depende do outro para ser alçado à função tem-se um sistema flexível de separação, como no parlamentarismo, em que o gabinete é provido pelo parlamento.

Tal distinção entre rígido e flexível, contudo, não encontra respaldo completo na realidade, ou carece de confirmação descritiva pela observação das constituições e do desempenho dos sistemas. Dizer que separação de poderes só se realiza no presidencialismo ou deve ser relativizada no parlamentarismo revela, na verdade, parte da confusão e multiplicidade de visões em torno do próprio princípio de separação de poderes.

A relação de exclusividade entre função e órgão não existe em nenhum lugar, nem mesmo no presidencialismo¹⁰⁷. Pode-se falar sempre de separação de poderes quer se escolha o critério de especialização, i. e., separação funcional, ou de independência, i. e., separação orgânica; em sentido ampliado, pode-se dizer que o presidencialismo é um sistema rígido de separação, embora as autoridades não sejam especializadas, sejam mutualmente independentes, e que o parlamentarismo é um sistema flexível, pois se não há independência, há mais ou menos a especialização¹⁰⁸. A tipologia dos regimes não corresponde, portanto, aos modos de funcionamento das instituições que supostamente deve descrever¹⁰⁹.

A divisão de poderes, princípio orgânico, significa limites e controles do Estado e não está associada diretamente a nenhuma forma de governo¹¹⁰. Ou, mais claramente, a etiqueta que se pode colar no regime tem menos importância que o seu conteúdo¹¹¹.

Ainda que tenham perdido parte do valor explicativo, parlamentarismo e presidencialismo constituem ponto de partida para classificar sistemas desde que se mantenha em mente que o sistema parlamentar não garante necessariamente a preeminência do órgão legislativo e que o presidencialismo não se traduz exatamente na supremacia do executivo nem em uma separação verdadeiramente rígida de poderes dado que o Congresso norte-americano é um dos mais poderosos no mundo democrático¹¹².

Tanto no presidencialismo quanto no parlamentarismo, o desenho constitucional privilegia a integração entre os órgãos executivo e legislativo, fazendo com que um participe da ação do outro em algum momento, de forma a estimular a cooperação e a articulação em prol da consecução efetiva da ação governamental. Os mecanismos de participação e controle da função legislativa serão diferenciados, mas em ambos cumprirão o seu papel de

¹⁰⁷ BARANGER, Denis; LE DIVELLE, Armel. Régime parlementaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Paris: Dalloz, 2012, p. 159-193, p. 165.

¹⁰⁸ HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37^a ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 109.

¹⁰⁹ CAMBY, Jean-Pierre. Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des régimes parlementaires contemporains. In DEROSIER, Jean-Philippe; SACRISTE, Guillaume (org). *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 111-122, p. 119.

¹¹⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 201.

¹¹¹ WALINE, Marcel. Quelques réflexions sur les institutions de la V^e République. *Revue du Droit Public*, p. 597-601, 1982, p. 599.

¹¹² FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21^a ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 425.

compartilhamento da função legislativa. Se os mecanismos formais forem insuficientes, os informais entrarão em ação.

As constituições modernas dispõem de certos mecanismos que permitem ultrapassar as barreiras impostas pela rígida divisão de poderes, que hoje não mais comporta a severa intangibilidade desses mesmos poderes¹¹³.

A separação funcional entre executivo e legislativo não implica nem deve ser entendida como isolamento de um em relação ao outro. Ao contrário, o bom funcionamento do Estado depende da articulação entre eles, o que se conceitua como interdependência por cooperação ou interdependência por integração¹¹⁴. A primeira associada ao presidencialismo e a segunda ao parlamentarismo.

Em teoria, presidencialismo e parlamentarismo operam mecanismos distintos para o compartilhamento e contenção do poder legislativo, com maior ou menor grau de integração e cooperação entre os órgãos encarregados, precipuamente, do exercício das funções executivas e legislativas. Em um sistema do tipo parlamentarista, a interdependência entre governo e parlamento conta com a premissa da homogeneidade e fidelidade partidária. Em sistemas do tipo presidencialista, a articulação passa a ser a peça chave: a falta de vínculo formal entre governo e parlamento libera este para divergir do primeiro, cada um apoiado em duas maiorias distintas que validam a formação do executivo e do legislativo que, sem cooperação torna-se ingovernável.

A trajetória histórica e prática de cada um desses sistemas aponta, contudo, para uma convergência cada vez maior na interação e integração entre governo e parlamento que torna as taxonomias insuficientes para compreender os arranjos jurídico-políticos.

As classificações entre separação flexível e separação rígida de poderes associadas, respectivamente, ao parlamentarismo e ao presidencialismo, baseiam-se exclusivamente nas relações jurídicas entre parlamento e governo, ignorando as realidades políticas e,

¹¹³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 45.

¹¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 129-31.

particularmente, o papel dos partidos¹¹⁵. Independente do arranjo, se presidencialista ou parlamentarista, o fato é que a doutrina de Montesquieu de tripartição de poderes foi apresentada em uma época que os partidos políticos não existiam¹¹⁶. Seu surgimento tem grande impacto na operacionalização dos sistemas, ajudando a enquadrar e moldar as práticas jurídico-políticas e cooperação e partilha da função de legislar.

Ainda assim, a classificação entre presidencialismo e parlamentarismo permanece útil como ponto de partida para entender como no contexto de separação de funções as fronteiras vão se diluindo para gerar a (1.2.1) cooperação no presidencialismo e a (1.2.2) partilha no parlamentarismo. *A cooperação no presidencialismo*

No presidencialismo, a cooperação na função de legislar tende a ser estabelecida em momentos pontuais, de interações precisas e demarcadas, com pouco espaço institucional para a tomada de decisão compartilhada. Em uma situação de cooperação, as linhas que dividem a ação do governo e a ação do parlamento são mais delineadas e as interações são ordenadas por ocasiões definidas, tais como sanção ou veto de leis, ratificação de tratados, confirmação de indicações do presidente para cargos e aprovação do orçamento.

Na construção desse arranjo, (i) o modelo ideal de separação de poderes descrito por Montesquieu é reinterpretado pelos Federalistas. As ideias defendidas (ii) tomaram corpo na constituição norte-americana, com o Congresso concentrando toda a função legislativa. O executivo, fraco, recorre a (iii) fatores extraconstitucionais para que possa participar da função de legislar. Esta dualidade entre a letra da constituição e a prática política denota a (iv) natureza oscilante da separação de poderes no presidencialismo norte-americano, que passa de momentos de rigidez no exercício das funções para outros de fronteiras difusas. Finalmente, os (v) outros países que adotam o presidencialismo acrescentam ferramentas nas mãos do executivo, com o objetivo de fortalecê-lo na função de legislar.

O sistema presidencialista costuma ser apresentado como (i) o modelo ideal da separação de poderes: o legislativo faz as leis, o presidente as sanciona e se ocupa das guerras,

¹¹⁵ DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 172.

¹¹⁶ MONTIS, Audrey de. La séparation des pouvoirs sous la V^e République : de la prééminence à la tempérance de l'organe exécutif. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018. p. 35-48; p.38.

o judiciário julga. A função legislativa é completamente concentrada no Congresso. O presidente não dispõe de iniciativa de leis. Parlamentares não participam do governo. À despeito do arranjo constitucional, a trajetória de evolução do sistema indica a busca pelo poder legiferante pelo presidente, que será obtido por instrumentos extraconstitucionais que diluem parte da separação de poderes.

Sua criação é típica da transição política vivida pelos Estados Unidos em seu processo de independência, sendo dela indissociável. Foi o caminho lógico de um país que se afastava do domínio de um reino, não tinha outra dinastia local reivindicando o poder e se preocupava em manter a união interna. Posteriormente, o presidencialismo influenciou outras colônias que se declararam independentes na América e chega ao Brasil com a proclamação da República em 1891. Sua principal herança é um modelo de separação de órgãos e funções que busca a criação de pontos de contato e controle, os *checks and balances* ou freios e contrapesos, para propiciar a concorrência desses mesmos órgãos para o exercício das funções de governo, especialmente a legislativa.

Sendo a função legislativa a função central diante do seu potencial tirânico, a manutenção do equilíbrio ou moderação no seu exercício, mediante controle mútuo, origina repartição de tarefas para completar o processo legislativo e os mecanismos de freios e contrapesos. A função legislativa é a que possui maior capacidade de invadir as demais porque controla as leis e o orçamento e, por isso, deve enfrentar algumas barreiras¹¹⁷.

No balanço, também entendido como moderação ou controle da função legislativa, a forma de dividir a participação entre vários órgãos é atribuir a um a iniciativa e a feitura das leis, a outro a sanção ou veto da lei, e a outro a manifestação sobre a juridicidade, ou constitucionalidade da lei. Respectivamente, legislativo, executivo e judiciário.

O arranjo usual é o de ações sequenciais, por autoridades diferentes, para completar o ciclo de nascimento das leis: elaboração e votação no corpo legislativo, que só se completa com a manifestação do chefe do órgão incumbido da função executiva: o presidente. A ele

¹¹⁷ MADISON, James. *The Federalist nº 48 - These Departments Should Not Be So Far Separated as to Have No Constitutional Control Over Each Other.* Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-48>>. Acesso em: 29maio.2018.

cabe promulgar as leis ou, em caso de discordância, exercer poder de impedir a legislação: o veto.

Nesse quadro, há apenas uma interação relacionada ao processo legislativo, que prevê uma atuação passiva do presidente. As competências compartilhadas não são competências exercidas em comum e não demandam uma decisão conjunta, mas sim um concurso de ações sucessivas¹¹⁸. Um aprova a lei, o outro a sanciona e a coloca em prática.

Referenciando Montesquieu, Madison¹¹⁹ afirma que tal separação de atribuições não deve ser confundida com ausência total de responsabilização ou controle dos atos um do outro. Reforça, portanto, a afirmação anterior sobre a impossibilidade prática de equilíbrio entre poderes em cenário de total especialização e independência. A preocupação é, mais uma vez, o acúmulo completo de duas funções em um único órgão. A faculdade de estatuir sai do centro das atenções, cedendo espaço para a faculdade de impedir.

O objetivo do controle mútuo é evitar que um tenha influência irrestrita sobre o outro e ultrapasse os limites para si delimitados: não basta separar as funções e definir, constitucionalmente, áreas de atuação, é preciso estabelecer barreiras contra a interferência dos outros no exercício dessas funções¹²⁰. E tais freios são dados na própria estrutura interna do sistema, pelas relações mútuas entre os órgãos: é necessário fornecer os meios constitucionais e os motivos pessoais para resistir a invasões pelos outros¹²¹.

Desenha-se, então um esquema no qual o controle e a supervisão de um órgão pelo outro desempenha importante papel na função legislativa, com foco maior na faculdade de

¹¹⁸ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 113.

¹¹⁹ MADISON, James. *The Federalist nº 47 - The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-47>>. Acesso em: 29maio.2018.

¹²⁰ MADISON, James. *The Federalist nº 48 - These Departments Should Not Be So Far Separated as to Have No Constitutional Control Over Each Other*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-48>>. Acesso em: 29maio.2018.

¹²¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James. *The Federalist nº 51 - The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-51>>. Acesso em: 29maio2018.

impedir do que no compartilhamento. Uma vez divididas as funções executivas, legislativas e judiciárias, os pontos de contato são do tipo reativos e criam uma cooperação passiva entre os poderes. A autoridade do executivo é confiada a um presidente eleito indiretamente, o parlamento é bicameral com processos e regras distintas de eleição, e o judiciário mescla processo eleitoral e de nomeação.

No presidencialismo norte-americano há uma rígida separação de funções: os campos de ação são separados com autonomia e são definidos pontos de contato para gerar interdependência por cooperação. A interação entre executivo e legislativo ocorre nos momentos de sanção ou veto, de ratificação de tratados e confirmação de indicações do presidente para cargos, e confirmação do orçamento. Há imunidade recíproca de destituição, salvo em situações extremas de *impeachment* do presidente, e vedação de que parlamentares possam ser membros do gabinete. O partido é o que une presidente e Congresso e, nesse ponto, a disciplina de partido faz diferença para o desempenho do executivo. Há poucos incentivos institucionais para gerar cooperação¹²².

O arranjo constitucional norte-americano combina freios e contrapesos, separação de poderes, bicameralismo e federalismo com o objetivo preservar a liberdade tornando mais difícil a ação do governo¹²³.

A separação de poderes traduz-se, efetivamente, por especialização de funções: a maior parte de uma função é confiada a um órgão tido como seu detentor natural. A partilha é clara: um só órgão é dotado da iniciativa, não há concorrência na matéria e o monopólio da iniciativa estabelece a função natural. Os freios e contrapesos só se realizam após uma iniciativa: um *check* é sempre uma reação a um primeiro movimento, isto é, a uma vontade positiva de agir revelada pela tomada de iniciativa. Na função legislativa, somente o Congresso norte-americano possui a iniciativa das leis. O órgão interveniente age de maneira negativa: o presidente se opõe a uma lei pelo veto. Na função executiva, por sua vez, somente o

¹²² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 131-139.

¹²³ CALABRESI, Steven G.; LARSEN, Joan L., One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel? *Cornell Law Review*, v. 79, n. 5, p. 1045-1157, 1994, p. 1047.

presidente possui a iniciativa das nomeações aos cargos públicos e o Senado exerce o *check* quando paralisa a confirmação de uma nomeação¹²⁴.

Trata-se de leitura bastante estrita do princípio de Montesquieu: o objetivo principal da separação de poderes é, antes de tudo, impor limites a cada titular da autoridade pública. E para impor limites, é preciso se relacionar, mas com o único objetivo de se impedir mutuamente. O contato entre executivo e legislativo não é para colaboração: no que concerne a legislação, o único poder do executivo é impedir¹²⁵.

Em várias passagens de O Federalista pode-se perceber a intenção de armar um órgão contra a invasão e submissão ao outro, sempre acompanhada da esperança de que a necessidade prática de agir seja o motor da concertação entre os órgãos. Portanto, não se ignorava a dificuldade do arranjo institucional que estava sendo criado, ao mesmo tempo em que se confiava em um elemento extrainstitucional para superar essas dificuldades.

As ideias defendidas (ii) tomaram corpo na constituição e refletem essa visão: formalmente o Congresso concentra toda função legislativa e o presidente possui poucas competências, como mecanismos de controle de um sobre o outro.

O legislativo possui poderes extensos, podendo disciplinar em lei sobre qualquer um dos demais poderes – art. I, seção 8 da constituição americana. Some-se a isso a necessidade de aprovação de tratados com apoio de dois terços dos senadores, faculdade de celebração classicamente atribuída ao executivo, e de aprovação de vários nomes para posições de destaque no governo. Com tal conjunto de poderes legislativos e controle sobre o executivo, é o órgão dominante.

Para contrabalançar o risco que representa a concentração de poderes legislativos são estabelecidos os freios e controles.

O primeiro controle é realizado pelo próprio povo a cada ciclo eleitoral de dois anos para renovação completa da Câmara e de um terço do Senado em mandato de seis anos.

¹²⁴ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 400.

¹²⁵ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo II. Paris: Éditions do CNRS, 1962, p. 42-43.

Como tal controle é sujeito a falhas, mecanismos complementares são postos com a cisão em duas casas e a necessidade da concordância de ambas sobre o texto de qualquer lei.

O modelo bicameral norte-americano dá a cada uma das casas ampla margem de participação na elaboração da norma e o texto a ser aprovado precisa ser um texto de consenso entre elas, com a intervenção de comitê misto para elaboração da redação final. O Senado é incumbido de avaliar criticamente as propostas da Câmara, podendo alterá-las em profundidade.

O objetivo dessa divisão interna do poder legislativo é aumentar a segurança contra a usurpação e exigir a concorrência do povo e dos estados na mudança legislativa¹²⁶. Por fazerem parte de uma unidade congressional, Senado e Câmara tendem a resolver as desavenças em torno das propostas legislativas e é improvável que o primeiro atue efetivamente como bloqueio completo da segunda¹²⁷. As comissões de ambas as casas desempenham papel importante na criação do acordo que permite a aprovação da legislação: é a comissão *ad hoc* de conciliação do texto que coordena a construção do consenso parlamentar, com margem ampla de alteração da redação que, uma vez aprovada separadamente em cada casa, será encaminhada à sanção presidencial¹²⁸.

O segundo controle é a faculdade de impedir consignada ao presidente, o veto. Se a natureza forte do legislativo faz com que a função seja dividida em dois órgãos, eleitos de formas diferentes e com distintos princípios de ação, a natureza fraca do executivo faz com que precise ser fortalecido: disso decorre o poder de negativa sobre a legislação¹²⁹. No sistema de contrapesos norte-americano, o executivo é chamado a participar da atividade legislativa de maneira incidental e negativa, isto é, como reação à iniciativa alheia, de forma sucessiva e

¹²⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James. *The Federalist nº 62 - The Senate*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-62>>. Acesso em: 29maio.2018.

¹²⁷ WILSON, Woodrow. *Congressional Government: A Study in American Politics*. E-book. 2011. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/3/5/8/6/35861/>>. Acesso em 22ago.2018.

¹²⁸ WALLER, Harold M.; GODBOUT, Jean-François. Le Congrès. In FORTMANN, Michel; MARTIN, Pierre. *Le système politique américain*. Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 92-122, p. 108.

¹²⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James. *The Federalist nº 51 - The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-51>>. Acesso em: 29maio.2018.

secundária, seja para defender suas próprias prerrogativas constitucionais, isto é, prevenir que o outro imiscua-se em sua função, seja para melhorar a eficácia da função governamental¹³⁰.

O veto não serve apenas para proteger o executivo contra a invasão ou supressão de suas competências pelo legislativo, mas também para evitar a aprovação de legislação perniciosa ou deletéria ao interesse público¹³¹. O poder do executivo está, justamente, nesta função que lhe torna parte do legislativo, não em suas atribuições inerentes¹³².

No presidencialismo norte-americano, o veto somente pode ser consignado à totalidade de uma lei e para ser superado precisa de dois terços da Câmara e do Senado, a supermaioria (art. I, seção 7). As regras para seu uso e superação fazem diferença e estão conectadas com as demais regras de controle do legislativo sobre o executivo. O freio do presidente sobre o Congresso exercido pelo veto é, por sua vez, freado por outro mecanismo: contrapeso do Congresso sobre o veto¹³³.

Excepcionalmente, nos últimos dias do ano legislativo, o presidente pode exercer o que se denomina *pocket veto*, um tipo extraordinário de veto absoluto que não será colocado para apreciação do Congresso. Ele ocorre se o presidente não sancionar a lei dentro do prazo de dez dias e a sessão legislativa se encerrar antes do fim desse mesmo prazo, o que impede a conversão da lei.

As atribuições constitucionais do presidente, a seu turno, são reduzidas: não dispõe de iniciativa de leis, apenas do envio de mensagens solicitando o concurso do parlamento, o chamado *The State of the Union* (art. 2, seção 3); depende do Congresso para a definição do orçamento, o que causa períodos de *shut-down* do governo quando há desacordo; e deve

¹³⁰ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 345.

¹³¹ HAMILTON, Alexander. *The Federalist nº 73 - The Provision for the Support of the Executive, and the Veto Power*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-73>>. Acesso em: 29maio.2018.

¹³² WILSON, Woodrow. *Congressional Government: A Study in American Politics*. E-book. 2011. Disponível em <http://www.gutenberg.org/3/5/8/6/35861/>. Acesso em 22ago.2018.

¹³³ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 113.

submeter as nomeações à validação do Senado. Até mesmo o seu poder regulamentador pode ser revertido pelo Congresso.

O presidente enquanto chefe do executivo é, pelas regras, um presidente fraco. Um veto que pode ser revertido, ainda que necessite de ampla maioria, não é um veto definitivo. Além disso, diante de seu caráter cada vez mais político e menos jurídico, uma vez que o aspecto jurídico de controle de constitucionalidade se deslocou para o judiciário, sua reversão reforça o parlamento. O poder de veto absoluto ou *pocket veto* não vale nada para um presidente que não dispõe maioria no parlamento. Ainda, a ausência de iniciativa legislativa o debilita ainda mais frente ao Congresso, pois é inconcebível governar sem legislar.

O presidente não possui nenhuma forma definida constitucionalmente, nem politicamente, que lhe assegure uma maioria parlamentar, enquanto que Congresso pode sempre superar um veto presidencial. Para além da reversão do veto, o Congresso conta com vários instrumentos de bloqueio que podem ser manejados pela oposição para dificultar a aprovação de matérias. O sistema de freios e contrapesos para equilíbrio do regime presidencial é essencialmente dirigido contra o executivo e objetiva reforçar a posição do Congresso¹³⁴.

A única esfera na qual o presidente possui prerrogativas reais de decisão é no papel que desempenha como comandante em chefe. Aqui ele passa a dominar dada a extensão de seu poder natural nas relações exteriores, que vem acompanhada de ampliação de poderes na política interna¹³⁵.

Enfatizando o lado dos pontos de contato entre o presidente e o Congresso, como a ratificação de tratados e nomeações, há quem defenda que o sistema não é de separação rígida: é um sistema de pesos e contrapesos e de colaboração reduzida entre os poderes¹³⁶. Somente por uma simplificação abusiva concebe-se a especialização de funções no sistema

¹³⁴ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 194; 255.

¹³⁵ WALLER, Harold M.; GODBOUT, Jean-François. Le Congrès. In FORTMANN, Michel; MARTIN, Pierre. *Le système politique américain*. Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 92-122, p. 118.

¹³⁶ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32ª ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 365.

norte-americano: ao contrário, no sistema de freios e contrapesos posto em prática, a constituição esforça-se para evitar tal especialização, com papéis definidos para cada um e, ao mesmo tempo, permitindo que, ao invadir o domínio privilegiado de um, o outro possa paralisar as iniciativas perigosas para os cidadãos¹³⁷.

Além disso, a resultante dos contrapesos complexos entre os órgãos que exercem as funções executivas e legislativas nos Estados Unidos estimula a partilha de poder entre ambos, pois fazem o papel de regras supermajoritárias¹³⁸, isto é, as regras constitucionais de colaboração e composição entre os poderes equivalem a regras de maiorias qualificadas para a aprovação de legislação. Em outros termos: para aprovar uma indicação para nomeação, o presidente precisa de uma sólida supermaioria, ainda que a regra formal estabeleça procedimento mais simples. Com isso, a dimensão político-partidária se fortalece para contrabalançar a fraqueza institucional.

Ainda assim, as prerrogativas do Congresso são esmagadoras: ele pode se recusar a votar projetos de lei ou conceder os créditos orçamentários necessários à ação governamental; pode assediar a administração por meio das comissões; o Senado pode se recusar a ratificar tratados e a aprovar nomeações; com o veto legislativo, praticado até o início dos anos 80 e proibido pela Suprema Corte, pode se imiscuir na execução das leis; e o impeachment pode se transformar em procedimento político-penal. O presidente, a seu turno, é despedido de poderes: o direito de mensagem é apenas uma oportunidade de persuadir; o veto é uma prerrogativa limitada por conta da sua característica de integralidade; os *executive agreements* são apenas uma tolerância; e o privilégio do executivo de negar informações ao Congresso só pode ser aplicado em circunstâncias definidas¹³⁹.

A formatação constitucional americana fez com que, efetivamente, o governo americano tenha operado por boa parte dos seus primeiros quarenta anos como fusão entre

¹³⁷ CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 120.

¹³⁸ COLOMER, Josep M. Comparative constitutions. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 217-238, p. 219.

¹³⁹ RIALS, Stéphane. Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n. 29, p. 35-47, 1984, Les États-Unis. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Regime-congressionnel-ou-regime.html>>. Acesso em: 02out.2018, p.45.

executivo e legislativo, com domínio do Congresso¹⁴⁰. À essa realidade foi dado o nome de governo congressional, uma espécie de governo de comitê, no qual agentes semi-independentes do executivo obedeceriam à ditadura de uma legislatura perante a qual não são vinculados ou responsabilizáveis politicamente¹⁴¹.

Nos sistemas presidencialistas, nos quais o presidente e o parlamento são, separadamente, constituídos a partir de independência formal completa, é forçoso reconhecer que o presidente, para agir, depende do concurso do Congresso, e, este, por sua vez, não é, de forma alguma, dependente do presidente.

Constitucionalmente, o chefe do executivo tem pouca ou nenhuma participação no poder de legislar. Ou seja, não existe compartilhamento da função legislativa, mas apenas bloqueios para seu abuso. A separação estrita de funções, focada na capacidade de impedimento mútuo, contém regras destinadas ao bloqueio do sistema. A explicação para o funcionamento desse arranjo precisa ser buscada fora da organização jurídica-constitucional.

O compartilhamento da função legislativa e a superação das fragilidades institucionais nos EUA é obtido por (iii) fatores extra constitucionais que desempenham papel importante na eficiência governamental entendida como capacidade de propor e aprovar leis.

Os dois principais fatores capazes de contornar o arranjo constitucional desequilibrado em prol do Congresso seriam: a) a lógica partidária e b) a liderança presidencial, seu poder magnético pessoal. Ambos são elementos voláteis que interferem na lógica do desenho constitucional para diluir as fronteiras ou, no mínimo, criar novos pontos de contato que permitam mais interações entre executivo e legislativo no exercício do poder de legislar. Consequentemente, a rígida separação de poderes é posta em questão.

A lógica partidária afeta diretamente as possibilidades de compartilhamento da função legislativa. A eleição separada para presidente e membros do Congresso, sem nenhuma amarração institucional que estimule a coerência na escolha dos eleitores, resulta em

¹⁴⁰ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018, p.10.

¹⁴¹ WILSON, Woodrow. *Congressional Government: A Study in American Politics*. E-book. 2011. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/3/5/8/6/35861/>>. Acesso em: 22ago.2018.

períodos de coincidência do comando partidário no executivo e legislativo, e outros de coabitação. O cenário eleitoral dividido em dois partidos, por sua vez, incita à polarização.

Assim, o desenho da separação de poderes é eclipsado por uma instituição que não existia na época da elaboração da constituição americana, mas que ganha forma e a modela: os partidos políticos¹⁴².

A distinção entre governo dividido ou unificado sob a ótica partidária rivaliza e, por vezes, domina, a separação de poderes na sua capacidade de explicar a dinâmica interpoderes. Ela é competitiva quando o governo está dividido, isto é, partidos diferentes comandam a presidência e o Congresso, e cooperativa quando está unificado, o mesmo partido ocupada ambas as cadeiras, colocando em questão vários dos pressupostos da separação de poderes¹⁴³.

Quando há coincidência de partidos no controle da presidência e do Congresso, a produção legal é facilitada e alterações normativas profundas podem ocorrer. A eficiência máxima é atingida em períodos de governo unificado, quando o mesmo partido controla a presidência e a maioria das cadeiras em cada casa.

Nesse cenário, o governo está livre para perseguir seus objetivos legislativos: o poder concentra-se no executivo, assim como no parlamentarismo, inclusive com a redução prática, ou desuso temporário, dos mecanismos de freios e contrapesos, pois o legislativo mostra mais disposição em atender às demandas do executivo. Consequentemente, diminuem os vetos e aumentam as delegações legislativas durante períodos de governo unificado¹⁴⁴. Com um cenário partidário favorável, o sistema quase se converte no parlamentarismo em sua variante

¹⁴² LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018, p.2.

¹⁴³ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018, p.4.

¹⁴⁴ ALBERT, Richard. The fusion of presidentialism and parliamentarism. *American Journal of Comparative Law*. Boston College Law School Legal Studies Research Paper, v. 57, n. 190, p. 531-577, 2009, p. 573-575.

de governo de gabinete, no qual o presidente pode se apoiar na sua maioria congressual¹⁴⁵. Amplas e coesas maiorias facilitam a capacidade do presidente de influir na legislação¹⁴⁶.

Aqui, a preocupação com separação de poderes torna-se mais relevante pois o sistema presidencialista fornece incentivo para alterações legislativas profundas durante período de autoridade total representado pelo governo unificado, em uma corrida contra o relógio constitucional antes das próximas eleições, em dois anos, tendendo à feitura de leis de grande poder simbólico e que garantam poder a um dos órgãos, executivo ou legislativo, para proteger sozinho o legado da política. Durante o governo unificado, o sistema estimula alterações legislativas de envergadura. Uma vez promulgadas, essas leis devem ser respeitadas, interpretadas, e defendidas, à despeito de suas ineficiências¹⁴⁷.

Na América contemporânea, o poder necessário para agir tiranicamente, que justificou a separação de poderes, hoje não está reunido nas mãos de um único órgão, mas é atingido pelo controle partidário dos três poderes, ainda que possam ser formalmente separados¹⁴⁸. A separação de poderes como concebida pelos federalistas deixou de existir e foi substituída pela competição entre os partidos, o que é essencial para entender a constituição e o desenho institucional¹⁴⁹.

A coincidência do comando da presidência e do Congresso pelo mesmo partido é capaz de minimizar ou anular o sistema de freios e contrapesos e promover o compartilhamento da função de legislar. A herança legislativa de um governo unificado pode perdurar até que outro partido tenha condições de fazer avançar nova agenda normativa.

¹⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 135.

¹⁴⁶ HOWELL, William G. Executives: the American Presidency. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 303-322, p. 315.

¹⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000; p.644-646; 651.

¹⁴⁸ GARDNER, James A. Democracy Without a Net? Separation of Powers and the Idea of Self-Sustaining Constitutional Constraints on Undemocratic Behavior. *St. John's Law Review*, v. 75, n. 2, p. 293-317, 2005. Disponível em: <10.1016/j.jaci.2004.08.035>. Acesso em: 18dez.2018, p. 313-314.

¹⁴⁹ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018, p.72-73.

Entretanto, ainda que os partidos atuem na diluição das fronteiras, a eficiência depende do seu grau de coesão interna. Em geral, a disciplina de partidos é fraca: não há necessidade de um parlamentar apoiar o partido ou o presidente justamente por conta da separação de poderes. Não é raro os deputados votarem contra o governo ou o próprio partido para privilegiar os interesses dos seus próprios eleitores¹⁵⁰. Por conta da falta de disciplina partidária e da separação de poderes, nenhum projeto pode ser dito realmente do governo: seus padrinhos devem formar uma coalização suprapartidária¹⁵¹. O bipartidarismo, embora facilite a gestão da maioria congressual, não significa, necessariamente, que essa maioria será homogênea.

Quando partidos rivais dominam executivo e legislativo, outra dinâmica se estabelece, e isso ocorre frequentemente no cenário político norte-americano.

De 1955 a 2000, o governo esteve dividido por 32 dos 46 anos, e de 1969 a 2000, 26 dos 32 anos, ou 81% do tempo, com consequências variáveis conforme a coerência ideológica e a distância política entre os partidos¹⁵².

Nas situações de governo dividido, em que um partido controla a presidência e outro detém a maioria em uma casa do Congresso ou ambas, três situações podem decorrer. A primeira é que, para manter a identidade e a legitimidade junto ao eleitorado, a parte em desvantagem engajará em cooperação e racionalização com a outra: esta é a esperança madisoniana inscrita na constituição. A segunda é a ruptura constitucional, não vista nos Estados Unidos, decorrente do acirramento da disputa entre ambos, com uma parte tomando de assalto para si todo o poder legiferante: é o pesadelo linziano que afetou todos os países latino-americanos, sem exceção, que anotam episódios de golpe em algum momento da sua história. A terceira é a crise de governabilidade: o parlamento assedia o presidente e o presidente toma ações unilaterais sempre que possível, dando início a um ciclo vicioso no qual

¹⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 135; WALLER, Harold M.; GODBOUT, Jean-François. Le Congrès. In FORTMANN, Michel; MARTIN, Pierre. *Le système politique américain*. Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 99.

¹⁵¹ WALLER, Harold M.; GODBOUT, Jean-François. Le Congrès. In FORTMANN, Michel; MARTIN, Pierre. *Le système politique américain*. Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 99-100.

¹⁵² LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018, p. 19-20.

presidentes quebram os impasses legislativos com decretos executivos para resolver problemas ditos urgentes, frequentemente indo além da autoridade constitucional formal¹⁵³.

A dificuldade em torno dessa visão das consequências do governo dividido é que supõe que a balança penderá para o lado do executivo, o que contradiz, em parte, a própria dinâmica do desenho constitucional norte-americano que empodera o legislativo. A prevalência do executivo dependerá de outros fatores, como as delegações legislativas que foram conquistadas em períodos de governo unificado e que são de difícil reversão posterior.

A lógica partidária é, portanto, capaz de mudar a configuração e as fronteiras da separação de poderes apenas pelo fato de coincidir ou não nas mãos do mesmo grupo o controle do executivo e do legislativo.

O mais provável é que se o mesmo partido ocupa a presidência e a maioria das duas assembleias, apague-se quase que completamente a separação constitucional de poderes. A diferença entre o regime presidencial e o regime parlamentar se dilui de fato, à despeito da armadura jurídica, aproximando o presidencialismo norte-americano do sistema inglês. Se, ao contrário, estão em mãos rivais, a separação de poderes oficial, constitucional, é agravada pela rivalidade entre os partidos que sobrepõe uma segunda separação. Uma simples alteração na dinâmica dos próprios partidos, com maior homogeneização, tornará constante as crises governamentais¹⁵⁴. Se a colaboração não pode se instaurar, o governo é gravemente paralisado, como se tivesse um presidente fraco¹⁵⁵.

A dinâmica da separação de poderes será contrabalançada, sem dúvida, pela dinâmica dos partidos, que ainda será completada pelo segundo elemento extraconstitucional: a força pessoal do presidente.

¹⁵³ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000, p. 644-646.

¹⁵⁴ DUVERGER, Maurice. *Les parties politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, 1951, p. 435.

¹⁵⁵ TUNC, André. Le couple Président-Congrès dans la vie politique des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Paris: LGDJ, 1977, p. 561-572, p. 567.

A liderança presidencial é, em grande medida, fruto de algumas circunstâncias históricas que favoreceram a balança de poderes em favor do executivo combinadas com características pessoais de homens que exerceram o posto. Nesse sentido, é volátil.

Mesmo sem iniciativa de lei, o presidente pauta o Congresso com o envio de projetos de lei pela mensagem do *State of the Union*, que se tornou a base de sua iniciativa legislativa, mas também porque retira sua legitimidade do processo eleitoral, no qual explicou sua plataforma de governo, enquanto que os deputados, com eleições bianuais, estão necessariamente envolvidos com questões mais paroquiais ou em campanha.

O domínio do Congresso, embora efetivo nos primeiros anos da constituição americana, progressivamente foi cedendo espaço à maior participação presidencial ao longo do tempo.

Os primeiros presidentes foram estadistas que estabeleceram as bases da relação com o Congresso, que se fortaleceu após 1868. É apenas no início dos anos 1900 que a presidência volta a desempenhar papel de destaque. O mesmo Wilson que criticou o governo congressional torna-se presidente em 1912 e se transformará no primeiro legislador em chefe, aprovando mais leis que qualquer um de seus antecessores, apoiado pelo domínio das duas casas pelo seu partido¹⁵⁶.

Boa parte da ascensão da liderança do executivo pode ser creditada ao papel desempenhado durante o período de guerra e aos poderes que assim adquire¹⁵⁷. É também após a II Guerra Mundial que cresce o papel desenvolvimentista do governo e a intervenção do presidente na aprovação de leis, com aumento de sua influência até meados dos anos 70¹⁵⁸.

A igualdade jurídica estabelecida pelos constituintes americanos cedeu ao crescimento da presidência graças à personalidade de alguns de seus detentores, começando por

¹⁵⁶ ZOLLER, Élisabeth. *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 2011, p. 205; 207; 242.

¹⁵⁷ YOO, John Choon. War and the Constitutional Text. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 4, Fall 2002. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=426862>. Acesso em 17jan2019.

¹⁵⁸ RIALS, Stéphane. Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n. 29, p. 35-47, 1984, Les États-Unis. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Regime-congressionnel-ou-regime.html>>. Acesso em: 02out.2018, p.40-43.

Roosevelt, sua eleição praticamente direta, o fato de ser o homem de confiança do povo e a incapacidade de o parlamento agir diretamente sobre ele ou sobre os ministros. E é temperada pelo federalismo, que dá poderes ao Senado de agir sobre o presidente, e pelas próprias exigências da vida política, pois é evidente que o presidente não pode realizar sua política a menos que disponha de um meio de ação sobre a legislação¹⁵⁹.

Os poderes do presidente possuem fontes diversas: prerrogativas expressas na constituição e a autoridade delas decorrente, permissões do Congresso, decisões judiciais, emergências nacionais e as próprias tentativas do presidente de exercer poderes não expressos ou razoavelmente implícitos. Eles esticam e encolhem conforme quem ocupa o Salão Oval, apoios e pressões, e ações do legislativo e do judiciário para encorajar ou conter o poder executivo¹⁶⁰.

Parte da resposta à força do executivo nos Estados Unidos está no tratamento político dado a algumas prerrogativas: o direito de mensagem evoluiu para verdadeiro poder de iniciativa legislativa e direção política que justifica o título de “legislador em chefe”. A apresentação do orçamento também permite ao presidente fazer proposições legislativas. Há outras mensagens, particularmente mais numerosas no início de uma nova presidência, que costumam ser acompanhadas por minutas de projetos de lei¹⁶¹.

Com certo grau de independência conquistada, o presidente é capaz de influir no processo legislativo apoiado pela maioria partidária conquistada. Nessa visão, a lógica partidária continua importante, mas a liderança presidencial ganha destaque sobre ela.

Desprovido de poderes formais, a força ou fraqueza do presidente pode ser medida pela sua capacidade de persuasão, isto é, de influenciar a conduta dos homens que compõem o governo. A simples posse no cargo não é garantia de liderança, pois no cenário de compartilhamento de poderes, no qual os congressistas não dependem diretamente do

¹⁵⁹ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20^a ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 182-4.

¹⁶⁰ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 58.

¹⁶¹ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLEC, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4^a ed. Paris: PUF, 2015, p. 336-337.

presidente para manter o cargo, a influência se dará na medida em que os demais acreditam, em alguma medida, depender do presidente para realizar suas próprias ambições. E essa capacidade dependerá, por sua vez, da reputação e do prestígio do próprio presidente¹⁶².

Persuasão torna-se importante na ausência dos instrumentos formais. E essa persuasão será necessária junto a opositores e apoiadores.

Visto que tanto o Partido Democrata quanto o Republicano são coalizões fluidas, todo presidente consagrará parte de seus esforços a persuadir os correligionários. Com bases eleitorais distintas, os parlamentares podem preferir o próprio distrito eleitoral à disciplina partidária. No caso de o presidente e o Congresso serem comandados por partidos diferentes, os vínculos partidários tornam-se mais sólidos e enfraquecem o presidente¹⁶³.

O presidente dos Estados Unidos não é e não pode ser um presidente acima dos partidos pois é um chefe de partido e, em geral, do partido majoritário no Congresso, designado por seu partido, eleito por seu partido e que carrega as cores do partido em seu programa político. Contudo, o que o distingue de um primeiro-ministro é o fato de que deve ser um elo entre maioria e minoria e levá-las a se engajar em torno de um interesse geral comum¹⁶⁴.

Essa liberdade de atuação pressupõe a indisciplina partidária do partido de oposição, por vezes verificada, que lhe ajude a organizar o processo legislativo. Ao mesmo tempo, pressupõe também a disciplina do seu próprio partido, submetido a sua liderança. O que é contraditório. Porém, será bastante relevante para ajudar a superar os impasses em momentos de governo dividido.

O apoio popular é mais um elemento que colabora para a liderança presidencial e ajuda a construir sua influência sobre deputados e senadores de ambos os partidos.

¹⁶² NEUSTADT, Richard E. *Poder presidencial e os presidentes modernos*. Brasília/São Paulo: Enap/Unesp, 2008, p. 38, 45, 46, 67-9, 93, 121.

¹⁶³ ROSE, Richard. *Présidents et Premiers ministres: éléments de comparaison*, *Pouvoirs*, n. 41, p. 5-25, 1987. Disponível em: <https://revue-pouvoirs.fr/Presidents-et-Premiers-ministres.html>. Acesso em: 2dez.2015, p. 17.

¹⁶⁴ ZOLLER, Élisabeth. *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 2011, p. 105-106.

O povo seleciona uma pessoa como presidente, sendo o partido apenas o veículo para projeção de sua própria personalidade e ideias. Seu poder e legitimidade é superior ao dos integrantes do gabinete e, no aspecto legislativo, está livre para organizar coalizões suprapartidárias¹⁶⁵. É a opinião pública, o apoio do povo calcado em uma concepção de democracia que vê o poder como uma delegação que permite ao presidente se afastar do partido e se posicionar acima das divisões tradicionais¹⁶⁶. Convencer e persuadir o Congresso torna-se convencer e persuadir a opinião pública, portanto, assegurar a direção da nação e o movimento na nação de ideias diversas¹⁶⁷.

Presidentes fortes foram aqueles que contavam com apoio popular, beneficiando-se do efeito da comunicação de massa, que colabora com a personalização do poder. O fator pessoal é importante diante do relativo descrédito que assola os políticos e transforma o presidente em um grande articulador¹⁶⁸.

A liderança presidencial baseia-se, portanto, também na projeção de força que retira do apoio popular, que lhe dá direcionamento diante de um parlamento que se renova a cada dois anos. Ela depende da manutenção de sua popularidade junto ao eleitorado e de qualidades pessoais que permitam ao presidente manejar essa legitimidade e transformá-la em poder de negociação junto ao legislativo. Assim ele conseguiria ultrapassar a fraqueza de seus poderes institucionais. A dificuldade é, justamente, a falta de institucionalidade de tal força, que coloca à prova a capacidade de o executivo se sobrepor aos deputados e senadores.

O presidente americano, mesmo se dotado de incontestável carisma e apoio popular, deve constantemente convencer, negociar e seduzir os membros do Congresso; enquanto que o primeiro-ministro inglês ou o presidente francês, fora das coabitações, podem contar com

¹⁶⁵ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000, p. 722-723.

¹⁶⁶ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 291.

¹⁶⁷ TUNC, André. Le couple Président-Congrès dans la vie politique des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Paris: LGDJ, 1977, p. 561-572, p. 570.

¹⁶⁸ RIALS, Stéphane. Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n. 29, Les États-Unis, p. 35-47, 1984. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Regime-congressionnel-ou-regime.html>>. Acesso em: 02out.2018, p. 46.

a disciplina majoritária para impor suas políticas¹⁶⁹. É a indisciplina do Congresso que permite ao presidente hábil encontrar uma maioria necessária para o essencial de sua agenda¹⁷⁰.

Sem iniciativa de leis e diante da fraqueza das mensagens para colocar em marcha a máquina governamental, o maior poder do presidente dos EUA é o poder da retórica, ligada à teoria da liderança que explica a força do executivo norte-americano¹⁷¹.

Embora o presidente consiga em situações específicas angariar apoios para determinadas agendas legislativas, a capacidade de resistência do Congresso permanece, sobretudo no momento da aprovação do orçamento¹⁷². O presidente experimenta grandes dificuldades para aprovar seus projetos legislativos e financeiros pelo Congresso, que é o mais poderoso entre as democracias ocidentais, do que resulta uma certa paralisia do governo; embora tenha freios potentes, o sistema presidencial tem motor fraco e sem acelerador¹⁷³.

O Congresso americano possui atribuições de peso, decorrentes da separação acentuada entre os poderes, que são mascaradas em certas condições políticas que podem fazer parecer que o presidente exerce mais influência do que tem na realidade.

O presidente assume o primeiro lugar em termos de responsabilidade, mas seu poder efetivo é largamente subordinado à cooperação do Congresso: até 1975, o esquema de liderança funciona pouco na prática, o que coloca dúvida a qualidade do sistema e não dos dirigentes¹⁷⁴.

A crise de autoridade volta e meia afeta o executivo, ficando evidente em momentos de bloqueio orçamentário, e é fruto de um sistema presidencial que organiza a competição

¹⁶⁹ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^a ed. Paris: Seuil, 2017, p. 142.

¹⁷⁰ COLLIARD, Jean-Claude. L'Élection du premier ministre et la classification des régimes parlementaires. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 517-531, p. 526.

¹⁷¹ ZOLLER, Élisabeth. *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 2011, p. 226-227.

¹⁷² RIALS, Stéphane. Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n. 29, Les États-Unis, p. 35-47, 1984. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Regime-congressionnel-ou-regime.html>>. Acesso em: 02out.2018, p.44.

¹⁷³ DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18^a ed. Paris: PUF, 1990, p. 187.

¹⁷⁴ TUNC, André. Le couple Président-Congrès dans la vie politique des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Paris: LGDJ, 1977, p. 561-572; 561; 570.

entre os poderes, difundindo a autoridade política entre os órgãos, o que possibilita ganho de liberdade por um lado, mas por outro lado, levanta questões de eficácia do sistema¹⁷⁵.

Relacionar a capacidade de legislar do presidente à sua liderança pessoal é uma forma de aproximar a figura do presidente à do primeiro-ministro que, comanda o executivo e, ao mesmo tempo, mantém a articulação e coesão política do governo no parlamento. Assim, o que se apresenta como mecanismo extraconstitucional de cooperação entre os poderes é, na verdade, aquilo que o aproxima de um sistema parlamentarista.

A liderança é para o regime presidencialista o que a maioria é para o parlamentarismo, a condição de seu funcionamento harmonioso. No regime presidencialista, é a liderança do presidente que põe em marcha a máquina governamental e que regula o conflito político. Liderança e maioria governamental são a quilha dos navios presidenciais e parlamentares, elas dão o eixo para avançar e traçam a trajetória¹⁷⁶.

Apoio popular, liderança e habilidade política são voláteis. Nesse contexto, não se pode colocar toda a força do sistema no executivo. O presidente do país não está, verdadeiramente, acima do seu partido, ele não é o chefe do partido e dele depende para fazer avançar sua agenda legislativa. A indisciplina partidária não pode ser contornada por uma ameaça de dissolução, como ocorre no parlamentarismo.

Da combinação entre os mecanismos constitucionais que favorecem o legislativo e os extraconstitucionais que favorecem maior cooperação entre executivo e legislativo, conclui-se que: (iv) a separação de poderes no presidencialismo norte-americano possui natureza oscilante. Se oscila, não é rígida e, portanto, enfatiza o qual ultrapassada é a defesa da própria separação.

Crise do sistema e capacidade de ação se alternam na mesma medida em que se revezam os mecanismos constitucionais e extraconstitucionais na dinâmica de relacionamento entre executivo e legislativo. Momentos de preponderância do executivo são também momentos de maior participação deste na função de legislar, quando a lógica

¹⁷⁵ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 31^a ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 342.

¹⁷⁶ ZOLLER, Élisabeth. *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 2011, p. 283.

partidária dilui as fronteiras de separação entre os poderes e os mecanismos de freios e contrapesos.

Quando a separação de poderes volta à tona, fruto da divisão partidária, o executivo se enfraquece e o Congresso desponta com todo o vigor dos mecanismos constitucionais que lhe são favoráveis, tensionando a relação entre ambos e mudando o equilíbrio.

O regime americano se situa em uma zona intermediária entre a separação e a concentração de poderes, aproximando-se da primeira em períodos excepcionais em que a presidência e o parlamento são dominados por partidos diferentes, e se distanciando bastante em tempos normais: nos dois casos, o prestígio pessoal do presidente modifica o grau de separação e concentração. Ele deve sempre considerar as divisões internas de seu próprio partido pois, ainda que haja coincidência de comando, a descentralização e a heterogeneidade do partido majoritário diminuem a autoridade presidencial e a concentração de poderes. Quando o governo é dividido, essa mesma descentralização e heterogeneidade enfraquecem a rivalidade entre presidente e Congresso e impede a paralisia da máquina governamental¹⁷⁷.

O arranjo constitucional, combinado com a evolução do sistema de partidos criou, na prática, dois modelos de separação de poderes: uma separada pelo partido, com competição interpoderes, e outra não separada, suavizando as fronteiras entre executivo e legislativo¹⁷⁸. Seja ou não evidentemente ligado à lógica partidária, observa-se um movimento pendular de prevalência ora do executivo, ora do legislativo na história norte-americana¹⁷⁹.

O equilíbrio entre os poderes pode se modificar com o tempo, como mostra a evolução do sistema americano, que já foi chamado de congressional e passou a presidencial sem nenhuma alteração na letra constitucional. Ou seja, o direito da constituição americana, articulado em um quadro geral de *checks and balances*, pode corresponder a dois sistemas relativamente estáveis: o sistema dominado pelo Congresso, e o sistema dominado, ainda que

¹⁷⁷ DUVERGER, Maurice. *Les parties politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, 1951, p. 438.

¹⁷⁸ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan2018, p.18.

¹⁷⁹ RIALS, Stéphane. Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n. 29, Les États-Unis, p. 35-47, 1984. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Regime-congressionnel-ou-regime.html>>. Acesso em: 02out.2018, p. 37-41.

de forma relativa, pelo presidente¹⁸⁰. Mais do que equilíbrio entre os poderes, é a alternância na dominação que caracteriza o regime americano¹⁸¹.

Formalmente afastado do poder de legislar e dotado apenas da capacidade de impedir, o poder executivo é, pela própria natureza, fraco. Todo sistema presidencialista será um sistema frágil, condenado a não funcionar a menos que se disponha de capacidade real de fazer frente ao legislativo. Se a força está no legislativo, e o risco do abuso é que gera o compartilhamento da função legislativa, somente o compartilhamento de fato dessa função, isto é, o compartilhamento da feitura das leis, é capaz de reequilibrar os dois poderes políticos e dotar o executivo de mais capacidade. E esse fortalecimento vem legitimado pela eleição do chefe do executivo pelo sufrágio universal, o que lhe transfere um pedaço do poder soberano do povo.

Vemos sistemas presidencialistas serem bastante comuns nas democracias contemporâneas, com o exemplo principal sendo os Estados Unidos, onde o presidente não dispõe de nenhuma atribuição constitucional no processo legislativo além da sanção ou veto, mas se utiliza do envio de mensagens e articulação com seu partido, mecanismos extraconstitucionais instáveis, porém importantes para favorecer a cooperação entre governo e parlamento. De fato, a transposição do modelo presidencialista para outros países vai envolver, em graus variados, a atribuição de poder de legislar ao executivo.

Para fazer o presidencialismo funcionar, (v) os outros países que adotaram esse sistema, por exemplo, a América Latina, outras ferramentas foram acrescidas para fortalecer o executivo face ao legislativo, como o veto e a capacidade de proposição de leis, dando início ao processo legislativo.

O veto, especificamente, passa a ser utilizado como ferramenta política, acompanhado de maior capacidade de interferir na elaboração normativa e de outras atribuições de cunho

¹⁸⁰ LE DIVELEC, Armel. Constitution Juridique, système de gouvernement et système politique. In *Vies politiques: Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*. Dalloz: Paris, 2018, p. 77-97; p. 91.

¹⁸¹ CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000. p. 130.

mais administrativo. Para tanto, o veto passa a ser parcial, isto é, em vez de vetar toda uma lei, permite-se vetar apenas um trecho ou vários.

O veto parcial, de apenas parte da legislação, ou veto modificativo, permitido em alguns sistemas presidencialistas latino-americanos, altera a dinâmica do processo legislativo. O veto por item dá ao presidente uma influência considerável em matéria legislativa¹⁸². No Brasil, apenas o veto parcial é reconhecido pela constituição. Nos países que admitem o veto modificativo, ainda que necessite ser aprovado posteriormente pelo parlamento, em geral por maioria simples, grande poder é dado ao presidente: esse tipo de veto equivalente a uma emenda ao texto e permite a um presidente realizar importantes mudanças legislativas¹⁸³. Com ele o presidente não apenas veta a parte com a qual discorda, mas também sugere nova redação que será analisada pelo parlamento antes de entrar em vigor.

Outras maneiras de promover o fortalecimento presidencial na América Latina são mudanças na duração do mandato, reeleição, poderes irrestritos para nomear e exonerar membros do governo e outros membros do alto-escalão, iniciativa legislativa, poder de decreto, autoridade fiscal e administrativa, poderes emergenciais discricionários, suspensão de garantias constitucionais e, em países formalmente federais, o direito de intervir nos estados. A contrapartida é um parlamento fraco, geralmente sem controle sobre o governo e frequentemente constrangido por legislaturas curtas e recursos escassos¹⁸⁴.

Esses países possuem uma modalidade particular de presidencialismo, matizada de parlamentarismo, com um desequilíbrio de freios e contrapesos que tende a favorecer o executivo: no Uruguai o chefe de Estado possui o direito de dissolução; possibilidade de chamar referendo no Equador e na Venezuela; e intervenção de fato na função legislativa na Argentina e no Brasil¹⁸⁵.

¹⁸² CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Libraire Armand Colin, 2000, p. 132.

¹⁸³ ANINAT, Cristóbal. Balance de poderes legislativos en Chile: ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo? *Política*, v. 47, p. 127-148, 2006, p. 136.

¹⁸⁴ COLOMER, Josep M. Comparative constitutions. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 217-238, p. 220.

¹⁸⁵ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32ª ed. Paris: LGDJ, 2018, p. 466.

Para alguns estudiosos¹⁸⁶, o sistema implementado é uma deturpação do modelo original com concentração de poderes nas mãos do presidente, uma vez que inexiste, formalmente, a iniciativa de proposição legislativa nos Estados Unidos. A afirmação é verdadeira diante dos regimes autoritários que se vestiram de institucionalidade constitucional durante o séc. XX, porém falsa diante da evidência de que o presidente norte-americano recorre a outros expedientes não constitucionais para exercer sua capacidade de iniciativa.

Para outros¹⁸⁷, a experiência latino-americana é fruto das adaptações e realidades distintas vividas por esses países: o reforço das prerrogativas presidenciais precisa ser sopesado diante dos poderes do legislativo, que contam com instrumentos de controle sobre o primeiro, reforçando a necessidade de construir relações cooperativas.

Quanto o executivo une-se com o parlamento, isto é, quando assume características de liderança política, ele sai fortalecido. É da necessidade de execução e direcionamento político da administração que tira os elementos para o seu crescimento.

A evolução dos sistemas políticos transformou o papel do executivo na função legislativa, deixando de ser uma atividade meramente passiva e negativa, isto é, de verdadeiro contrapeso, e passando a ser uma função ativa e positiva, isto é, de efetiva capacidade de influência ao longo do processo legislativo. Nos Estados Unidos o presidente precisa influenciar o processo legislativo indiretamente por não dispor de poderes concretos, recorrendo a mecanismos extraconstitucionais. Nos demais países presidencialistas, tal poder é consagrado constitucionalmente. Além disso, a eleição do presidente colabora para legitimar democraticamente o fortalecimento da função executiva.

¹⁸⁶ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2016; ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015; LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015.

¹⁸⁷ ANINAT, Cristóbal. Balance de poderes legislativos en Chile: ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo? *Política*, v. 47, 2006, p. 127-148; GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, n. 17, p. 75-106, nov. 2001; CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000; CONAC, Gérard. Pour une théorie du présidentialisme : quelques réflexions sur les présidentialismes latino-américains. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau : le pouvoir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 115-148.

A proeminência presidencial não decorre de textos constitucionais que objetivam reforçar seu papel no centro do executivo ou protegê-lo contra outros órgãos. Na verdade, sua autonomia está muito mais garantida pelas faculdades de que dispõe para agir sobre os outros poderes: a intervenção sobre a função legislativa e o controle dos órgãos que a exercem podem lhe permitir assegurar sua supremacia e, conseqüentemente, sua independência¹⁸⁸.

Os órgãos, no sistema americano, são chamados a colaborar sem cessar: nesse sentido, seria ilusório pensar que o regime americano se distingue nesse aspecto dos regimes parlamentares europeus – todos pressupõe a troca, mesmo um alinhamento entre órgãos para que a máquina avance¹⁸⁹. Nos sistemas presidencialistas, em geral, a política nacional é fruto de um compromisso constante entre o executivo e o Congresso¹⁹⁰.

O presidencialismo, portanto, não sobrevive como um sistema fechado apartado da função legislativa. A cooperação é necessária e o seu grau de aprofundamento oscilará conforme os mecanismos institucionais capazes de estimular e efetivar o compartilhamento da função de legislar, combinados aos instrumentos políticos disponíveis. A especialização de função encontra-se ultrapassada mesmo nos sistemas que aparentam preservá-la.

1.2.2 A partilha no parlamentarismo

Nos sistemas parlamentaristas, a aproximação entre executivo e legislativo na função de legislar é realizada mediante integração entre ambos. A distribuição de funções entre governo e parlamento implica compartilhamento inerente do poder de legislar, o que vem a ser chamado de separação flexível de poderes. Em uma situação de integração, há equilíbrio entre parlamento e governo, que atuam de maneira interligada e compartilham a função de determinar a decisão política e executá-la.

As bases descritivo-teóricas do parlamentarismo são dadas pelo (i) modelo de separação de poderes flexível, que se descola entre o dualismo e o monismo no seio do

¹⁸⁸ MOULIN, Richard. *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, p. 98.

¹⁸⁹ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010. p. 398.

¹⁹⁰ COHENDET, Marie-Anne. *Le président de la République*. 2ª edição. Paris: Dalloz, 2012, p. 19.

executivo. Com a integração entre os órgãos, (ii) as faculdades de impedir e de estatuir se direcionam para estimular a cooperação. Assim como ocorre no presidencialismo, (iii) o sistema de partidos desempenha papel essencial, dando margem ao surgimento do (iv) parlamentarismo racionalizado e seus instrumentos de indução à cooperação executivo e legislativo.

A (i) separação de poderes flexível significa que a separação de funções executivas e legislativas toma contornos menos rígidos posto não existe independência entre ambos: a designação para o executivo decorre do sistema de representação para o parlamento. Pode-se dizer que o parlamentarismo, na sua versão britânica, é o modelo original de separação de poderes no contexto de constitucionalização da monarquia e surgimento do governo misto, congregando rei e assembleia eleita. O executivo, representado pelo gabinete de ministros, encontra-se completamente vinculado ao processo eleitoral do parlamento, ao contrário do sistema de designação separado e independente vigente no presidencialismo.

Mesmo sendo o presidencialismo norte-americano conhecido atualmente como o modelo de separação de poderes, é notório que a doutrina de Montesquieu se inspirou no modelo existente na Inglaterra, claramente declarado em sua obra. Foram as interpretações e o desenvolvimento posterior da doutrina que fizeram do primeiro país a versão rígida e, do segundo, a versão flexível da separação de poderes.

Hoje, o parlamentarismo de inspiração britânica existe na quase totalidade dos estados democráticos¹⁹¹, ainda que do processo histórico inglês não se possa, contudo, extrair um conceito sólido de governo parlamentar: são diferentes construções e interpretações, cada uma associada a simplificações de diferentes momentos¹⁹².

A característica principal é a cisão no seio do executivo, que inexistia no presidencialismo: separam-se as funções de chefe de estado, ditas cerimoniais, e as funções de chefe de governo, isto é, aquelas associadas às decisões políticas, realizadas pelo primeiro-ministro. Essa cisão é decorrência de uma cisão original indissociável do contexto da época: a

¹⁹¹ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 185.

¹⁹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 312.

busca pela diminuição dos poderes do monarca e maior participação na elaboração normativa. Posteriormente, evolui para a integração parlamento e gabinete chefiado pelo primeiro-ministro. A questão passa a ser como separar e controlar o desempenho da função executiva pelo governo nesse sistema, que equilibra a balança de poderes por interdependência, chegando a ser considerado por alguns teóricos como exemplo completo da ausência de separação de poderes.

A colaboração significa que se admite algumas exceções à regra de especialização ou independência entre executivo e legislativo, premissas teoricamente mais alinhadas com a separação de poderes¹⁹³. Separam-se funções, com base na divisão do trabalho, promovendo a integração do poder executivo com o legislativo e a interdependência das funções¹⁹⁴.

Do lado da defesa de que o sistema acolhe a separação de poderes estão as fronteiras jurídicas que delimitam gabinete e parlamento, preservando esferas de atuação distintas para cada um. Essas fronteiras reforçariam o elemento da independência mesmo diante do compartilhamento de algumas funções. As faculdades de dissolução do parlamento, reservada ao executivo, e o voto de desconfiança, reservado ao parlamento para uso contra o gabinete, atuariam tanto no sentido da colaboração e estreitamento de laços quanto na preservação da independência entre eles. Daí a separação flexível, baseada em ferramentas institucionais jurídico-políticas.

O caráter flexível opõe-se ao rígido no sentido que implica uma colaboração entre os poderes legislativos e executivos, acompanhada de meios de ação recíprocos, permitindo a cada um colocar em causa a existência do outro, que se traduz em possibilidade de dissolução do parlamento e censura do governo¹⁹⁵.

O parlamentarismo é uma forma de governo baseada no regime representativo e na separação de poderes flexível, i. e., um sistema ligado e equilibrado com a participação dos dois poderes nas mesmas funções. A colaboração é estabelecida entre o poder executivo e o parlamento composto de duas casas, na qual contato contínuo é mantido entre eles por

¹⁹³ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 223-231.

¹⁹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 53.

¹⁹⁵ FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 425-426.

intermédio de um órgão executivo: o gabinete de ministros. O gabinete partilha com o chefe de Estado a direção do governo, mas só pode governar garantindo a confiança contínua do parlamento, pois é politicamente responsável perante ele¹⁹⁶.

A separação de funções legislativas e de governo realiza-se, portanto, pela distinção entre parlamento e gabinete, com colaboração entre os poderes. Essa separação possui justificativa diferente daquela que serve de base ao presidencialismo norte-americano, calcada no controle mútuo e nos freios e contrapesos. Aqui, a dimensão da interrelação passa a ser destacada, sem deixar de lado a necessidade de controle e limitação do governo, geralmente confinada ao papel da oposição.

Os freios e contrapesos, isto é, a faculdade de impedir, são redefinidos para além de simples mecanismos de veto. O controle pode ser exercido pela oposição parlamentar, a minoria, mas também pela maioria. O parlamento, por meio de instrumentos como voto de confiança e moção de censura controla o executivo. E este o parlamento pela possibilidade de dissolução. Assim se restaura a separação, a independência e o equilíbrio entre executivo e legislativo, governo e parlamento, a partir da ameaça mútua de destruição.

Outra forma de justificar a manutenção da separação de poderes, ainda que atenuada, é enfatizar a titularidade distinta no seio do executivo, com o chefe de Estado correspondendo à parte independente ao legislativo. O governo parlamentar comporta um chefe do executivo inamovível, rei ou presidente, que, embora possa ser nomeado pelo legislativo, não pode ser revogado por este e isso é suficiente para assegurar a independência exigida pelo princípio da separação de poderes¹⁹⁷. A independência está, portanto, garantida pela existência do chefe de Estado não submetido ao parlamento.

A organização do executivo cindida entre chefe de Estado e chefe de governo e a forma de relacionamento com o parlamento dá ensejo a duas classificações de parlamentarismo: o dualista e o monista. No dualismo, representa-se a passagem da monarquia absoluta à monarquia limitada, na qual o regime forma uma trindade na qual o chefe de estado conserva

¹⁹⁶ HARIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2015, p. 352-3; p. 360.

¹⁹⁷ ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2001, p. 464-5; 484.

poderes políticos pessoais e constitucionais, como a dissolução da assembleia, e o gabinete, por sua vez, assegura a ligação entre o chefe de estado e as assembleias, representando o elo entre os poderes e dispondo da dupla confiança, do rei e da câmara, ou dupla responsabilidade. No monismo, o chefe de Estado, monarca ou presidente, deixa de possuir poder real para se transformar em um símbolo, e o governo é investido da plenitude do poder executivo, responsável somente perante o parlamento¹⁹⁸.

Podemos falar de dualismo clássico uma vez que o rei e o parlamento, encarnando princípios de legitimidade diferentes, são considerados como duas forças políticas mais ou menos equivalentes. O gabinete é duplamente responsável: perante o rei, que o nomeia e pode lhe revogar, cujo apoio permanece indispensável para governar; e perante o parlamento, que dispõe de meios de recusar seu apoio ao gabinete e assim forçá-lo a se demitir¹⁹⁹.

O parlamentarismo dualista repousa sobre dois postulados: a) uma igualdade entre os poderes é realizável; e b) ela será realizável em um determinado momento pelo jogo de equilíbrio entre responsabilidade ministerial e dissolução²⁰⁰.

Corolário da colaboração e interdependência é integração do órgão executivo com o legislativo, feita pela forma de recrutamento do primeiro-ministro entre os parlamentares, assim como os demais ministros. A junção de pessoal se dá junto com a garantia de participação dos membros do governo no processo legislativo pelo poder de iniciativa de lei, por exemplo, e livre acesso ao plenário. O critério da especialização é relativizado: não há independência entre gabinete e legislativo e a especialização é substituída por contato maior no desempenho da função legislativa, com preservação das funções executivas clássicas pelo chefe de Estado.

O gabinete é o elo entre executivo e legislativo. A característica fundamental da relação entre os poderes é a confiança e a solidariedade: do ponto de vista do pessoal, a

¹⁹⁸ GICQUEL, Jean. In DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves (org.). *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, p. 885.

¹⁹⁹ BARANGER, Denis; LE DIVELLE, Armel. Régime parlementaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Paris: Dalloz, 2012, p. 159-193; p. 184.

²⁰⁰ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 197.

compatibilidade entre as funções parlamentar e governamental garante a unidade; do ponto de vista funcional, há competências abertas e concorrentes, o parlamento participa das atividades de governo e vice-versa, com o processo legislativo assumindo papel simbólico²⁰¹.

Dessa forma, o dualismo ajuda a justificar a separação flexível de poderes, permitindo a manutenção de certo grau de independência entre executivo e legislativo.

Do lado dos que negam a existência da separação de poderes no parlamentarismo, rejeita-se a independência entre os órgãos, ao mesmo tempo em que se admite a atribuição de funções distintas a cada um.

O monismo, por sua vez, significa que o chefe de Estado não possui poder autônomo de interferência no jogo político e o governo é responsável somente perante o parlamento, o que é a realidade atual, embora historicamente, com as monarquias constitucionais simbolizem o dualismo concretizado na dupla responsabilização do gabinete, tanto perante o chefe de Estado quanto o parlamento²⁰².

A base do equilíbrio entre governo e parlamento provém da qualidade de representação de ambos. Os dois órgãos sendo iguais, devem colaborar em todas as funções de Estado. Não se deve falar em separação de poderes porque os poderes são diferentes elementos da soberania desmembrados em órgãos de representação e que permanece unificada uma vez que ambos ajam de concerto: o que existe não é uma separação, mas sim repartição de funções ou diversidade de participação na consecução das funções estatais²⁰³.

Devido ao primado do princípio eletivo, o apoio do parlamento é essencial ainda que o poder de decisão repouse no gabinete, com apagamento da figura do chefe de estado, reduzindo-se o parlamentarismo à relação entre Câmara e gabinete²⁰⁴. Uma concepção de

²⁰¹ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 31^a ed. Paris: LGDJ, 2017. p. 172.

²⁰² FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21^a ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 427.

²⁰³ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p.782; p. 808-809.

²⁰⁴ BARANGER, Denis; LE DIVELLE, Armel. Régime parlementaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Paris: Dalloz, 2012, p. 159-193; p. 184.

que é o parlamento que detém a representação da vontade geral afeta a organização institucional das relações entre os poderes²⁰⁵.

Nesse contexto, o regime parlamentar, pela fusão orgânica que opera entre os poderes executivo e legislativo, aparece como o oposto da separação de poderes: as câmaras conteriam as duas autoridades estatais reunidas, realizando uma por si mesma (legislação) e a outra por intermédio do gabinete (executiva). A ação executiva depende, em definitivo, da vontade mestra do parlamento, e se as casas não são o executivo, elas o dominam²⁰⁶.

Subjacente ao monismo está a noção da hierarquia de funções e, conseqüentemente, de órgãos. Não haveria dualismo de poderes porque não existe igualdade entre os órgãos: o objetivo é assegurar a preponderância do parlamento, órgão representativo e detentor do poder de legislar.

A distinção entre dualismo e monismo, assim como de separação flexível ou rígida, é apenas uma tentativa de enquadramento e distinção das variedades de parlamentarismo. O sistema toma características ligeiramente diferentes ao longo da sua implementação na Inglaterra, com a transferência gradual de poderes para o primeiro-ministro e esvaziamento do monarca enquanto chefe de Estado. Os demais países que adotaram o parlamentarismo experimentam múltiplas combinações de eleição do primeiro-ministro, processo de escolha do gabinete, tipo de sistema eleitoral para a assembleia (majoritário ou proporcional), poderes do gabinete sobre o processo legislativo e ferramentas de controle do parlamento sobre o governo.

De maneira geral, podem ser considerados monistas os países nos quais o chefe de Estado tem funções cerimoniais, seja ele um monarca não eleito, seja ele um presidente eleito indiretamente. Por esse critério seriam monistas, por exemplo, Inglaterra, Alemanha, Itália. O dualismo, por sua vez, poderia ser encontrado em regimes republicanos parlamentaristas em

²⁰⁵ AVRIL, Pierre. Une revanche du droit constitutionnel ? *Pouvoirs*, n. 49, La V^e République - 30 ans, p. 5-13, 1989. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Une-revanche-du-droit.html>>. Acesso em: 02mar.2018, p. 10.

²⁰⁶ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo II. Paris: Éditions do CNRS, 1962, p. 48; 74; 104-7; 140.

que o presidente é eleito pelo sufrágio universal direto e é um chefe de Estado com alguns poderes políticos efetivos. Nesse grupo encontrar-se-iam França e Portugal.

Tal classificação, entre monista e dualista, entretanto, embora se esforce, pouco diz sobre a dinâmica da separação de poderes, que oscila na doutrina porque o critério que define a separação de poderes não é uniforme. Ao enfatizar a existência seja da independência ou da especialização funcional, é possível encontrar justificativas pró e contra a separação. A independência com base no critério do recrutamento distinto para executivo e legislativo ganha força em modelos dualistas, enquanto a especialização funcional pode ser defendida tanto no dualismo como no monismo com base na atribuição de tarefas distintas para governo e parlamento.

O parlamentarismo é essencialmente um governo de duas cabeças, no qual as decisões estatais devem resultar do acordo de dois órgãos opostos, nenhum dos dois com o poder de submeter o outro²⁰⁷. A diferença é que no monismo, o governo é responsável perante o parlamento e no dualismo, perante o parlamento e perante o chefe de Estado²⁰⁸. Diante das formas modernas de parlamentarismo, a distinção entre dualismo e monismo é inútil²⁰⁹.

Enquadrar os sistemas parlamentaristas na classificação de separação de poderes apresenta a mesma dificuldade de fazê-lo no sistema presidencialista: esbarra no problema da associação entre função e órgão mediante especialização de tarefas. Diante disso, fica cada vez mais evidente que a noção de separação de poderes perde aplicação.

No que diz respeito à (ii) faculdade de impedir e à faculdade de estatuir, estas se organizam no parlamentarismo por meio de controles desenhados para gerar a cooperação na faculdade de estatuir, e não para o exercício da faculdade de impedir o poder de legislar. Não é o veto que simboliza a faculdade de impedir entre governo e parlamento, até porque a

²⁰⁷ CAPITANT, René. Régimes parlementaires. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris: Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 31-57; p. 35.

²⁰⁸ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 115.

²⁰⁹ COLLIARD, Jean-Claude. L'Élection du premier ministre et la classification des régimes parlementaires. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 517-531; p. 528.

sanção não pertence ao primeiro-ministro, mas sim ao chefe de Estado, ao rei na Inglaterra, e pode inexistir em alguns países, como na França.

O controle do tipo representado pelo veto como mecanismo de bloqueio perde a utilidade no sistema parlamentarista, pois não faz sentido a aprovação de lei contra a oposição do gabinete, o que significaria demissão ou destituição²¹⁰.

A faculdade de impedir assume a forma de controle para solucionar crises de cooperação no processo legislativo, representada pela dupla formada por responsabilização do primeiro-ministro e direito de dissolução. Se o governo não pode contar com a assembleia para aprovar as políticas, recompõe-se o legislativo com nova eleição para substituir os mandatos dos deputados. Se o parlamento desaprova a condução do governo, substitui-se o primeiro-ministro e forma-se novo gabinete com composição de forças políticas mais alinhadas com a representação vista na assembleia.

Responsabilidade e princípio majoritário são uma arma tanto do governo quanto do parlamento: é o domínio desta mecânica que estabelece, desde o princípio, o parlamentarismo inglês sobre bases sólidas²¹¹. É um controle recíproco: o governo age sobre o parlamento debatendo e influenciando as deliberações, guardando o direito de dissolução, cuja contrapartida é a mobilidade do gabinete, responsável perante o parlamento²¹².

A doutrina da balança de poderes é adaptada para que os pesos e contrapesos sejam não apenas um contraponto ou elemento de controle, mas sim instrumentos de colaboração, coordenação e interdependência entre os órgãos investidos em funções diferenciadas²¹³. Assim, a responsabilização e a dissolução são, ao mesmo tempo, formas de retomar a cooperação e realizar o controle entre os órgãos.

Quanto à dissolução, ela é o instrumento do governo para contornar dificuldades de legislar diante do desalinhamento com o parlamento. Uma vez dissolvida a assembleia e

²¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 271-273.

²¹¹ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 252.

²¹² DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p. 810.

²¹³ PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 218-219.

realizada nova eleição, pode ser que o governo refaça sua maioria e se fortaleça. Se outro partido for alçado ao poder, o governo cai e novo gabinete assume.

Com a dissolução, compete ao povo, terceiro superior, resolver o conflito entre governo e parlamento²¹⁴. É a peça-chave da conformação democrática do poder: expõe de forma inequívoca os problemas ao eleitorado, detentor do supremo poder; resolve conflitos entre o governo e a maioria parlamentar; conduz a solucionar o que de outra forma não teria solução: o bloqueio entre executivo e legislativo²¹⁵.

Contudo, a dissolução precisa ser relativizada como característica do sistema pois seu uso vem se transformando e perdendo a importância como mecanismo de controle e equilíbrio de poderes entre executivo e legislativo.

O direito de dissolução não é mais uma característica necessária do parlamentarismo, restando suficiente apenas o voto de censura do parlamento²¹⁶.

Na Inglaterra, o mecanismo da dissolução foi racionalizado e pode favorecer quem está no poder: a recomposição passa a ser a da própria base do governo. Não é mais o rei que decide pela dissolução, é o primeiro-ministro e este tenta se aproveitar de uma conjuntura política favorável à sua permanência no poder, realizando uma dissolução que tem por objetivo reforçar a maioria ou tentar reconstituir uma maioria desagregada. Nesse caso, a dissolução deixa de possuir o caráter de resolução de conflito entre poderes no sistema britânico contemporâneo e de servir para a alternância do governo. Por outro lado, a existência de uma oposição majoritária costuma dar mais vazão à demissão do governo, aí sim seguida da dissolução, dado que nem toda oposição majoritária é capaz de formar uma coalizão de governo²¹⁷.

A dissolução é usada não como consequência de um voto de desconfiança, e sim como forma do governo renovar a Câmara no momento que julga mais conveniente, com o clima

²¹⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 261.

²¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 283.

²¹⁶ DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris: Seuil, 2016, p. 560-561.

²¹⁷ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLEC, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 255-256.

político favorável. Alternativamente, pode decorrer de uma questão grave que divide parlamento e oposição, chamando a arbitragem do povo, com a dissolução fazendo as vezes de referendo²¹⁸.

A transformação do mecanismo de dissolução culmina em 2011, com o *Fixed-term Parliaments Act*²¹⁹, que acabou com a prerrogativa de dissolução do parlamento pela rainha, sob conselho do primeiro-ministro, e fixa o período mínimo de cinco anos entre uma eleição e outra. O direito de dissolução permanece no sistema, porém agora como direito de autodissolução: a própria Câmara, por maioria qualificada de dois terços, pode chamar uma nova eleição. Outra hipótese é a aprovação de uma moção de censura sem a confirmação de um novo governo no intervalo de catorze dias.

Tal alteração nas regras ainda precisa ser estudada quanto ao impacto sobre os mecanismos de controle e cooperação sob o ângulo da moderação e combate ao acúmulo de poderes em um único órgão. À primeira vista, concentra mais poderes no parlamento do que a regra anterior, cabendo verificar como fica a liderança do primeiro-ministro nesse cenário no qual o componente político ganha mais projeção e os problemas de governabilidade podem emergir com mais frequência diante de indisciplina ou fragmentação partidária.

Quanto ao voto de confiança, outro elemento de controle entre governo e parlamento, também entendido como responsabilização política, seu objetivo é manter e forçar o alinhamento, de caráter mais preventivo do que remediador.

Para manter o acordo entre a política ministerial e a política da maioria da assembleia, uma ação de retirada da confiança serve para fazer valer a regra de fidelidade ao programa²²⁰. O poder de censura não é um poder de revogação, mas apenas de expressão da desconfiança e depende do próprio ministério para se completar, com a apresentação posterior da demissão a ser formalizada pelo monarca, que se vê obrigado a acatar a vontade da Câmara²²¹.

²¹⁸ DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 290-291.

²¹⁹ KELLY, Richard. *Fixed-term Parliaments Act 2011*. Researchbriefings.parliament.uk. Disponível em: <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06111>>. Acesso em: 5jun.2018.

²²⁰ CAPITANT, René. Régimes parlementaires. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris : Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 39.

²²¹ BARANGER, Denis. *Parlementarisme des origines*. Paris: PUF, 1999, p. 349-50.

O critério da responsabilidade governamental face ao parlamento eleito possui um aspecto jurídico, de norma constitucional, e um aspecto político, revelado pela própria definição, que torna possível que esta responsabilidade seja dada mesmo fora de procedimentos formais. Isto é, o gabinete pode perder a confiança do parlamento e ter dificuldade de aprovar leis mesmo sem a manifestação formal do voto de desconfiança ou de uma moção de censura.

Assim como a dissolução, a responsabilização governamental também deixa de ser mecanismo efetivo de controle. De um lado porque em um regime de gabinete com maioria homogênea, ou ao menos estável, a responsabilização somente se efetiva se a maioria deixa de existir em razão de circunstâncias conjunturais. De outro lado porque em um regime de coalização o governo se demite mais frequentemente com o deslocamento da maioria, sem esperar o voto de desconfiança. Nesse caso, a responsabilização intervém fora de procedimentos formais, não perante o parlamento, mas perante as instâncias partidárias ali representadas, o que pode ser considerado uma forma contemporânea do princípio da maioria parlamentar²²².

No (iii) parlamentarismo moderno, o sistema de partidos desempenha papel essencial, definindo a dinâmica de integração entre executivo e legislativo.

Em termos práticos, e de forma geral, o parlamentarismo possui as seguintes características: os membros do governo também são membros do parlamento; o governo é chefiado pelo partido majoritário ou coalizão majoritária; há supremacia do primeiro-ministro sobre o resto do gabinete; o governo perdura enquanto possui maioria dos membros do parlamento; a decisão política encontra-se distribuída entre governo e parlamento, com a execução concentrada no governo, sob supervisão do parlamento; e existem mecanismos controle mútuo em torno das decisões políticas – dissolução do parlamento pelo governo e voto de censura ou negativa de voto de confiança ao governo pelo parlamento²²³.

²²² LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 199.

²²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 105-108.

Seu funcionamento teórico parte de alguns pressupostos ideais: a) existência de sistema de dois partidos, com alternância de configuração entre maioria e minoria; b) homogeneidade da maioria e do gabinete; c) controle dos partidos por líderes dirigentes; d) existência de eleições uninominais majoritárias; e) formação dos partidos com base no livre recrutamento, não em organizações de interesses²²⁴. O gabinete é um comitê encarregado de dirigir a assembleia e que pode, até mesmo, dominá-la: as relações entre os órgãos são muito variáveis, alternando aqueles que vão a reboque da maioria e aqueles que reinam sobre uma assembleia dividida²²⁵.

Pela própria configuração desses pressupostos ideais, tem-se que o sistema partidário desempenha papel inerente à configuração do parlamentarismo. A composição do governo é diretamente vinculada à composição partidária do parlamento, em especial a Câmara dos Deputados em arranjos bicamerais. Portanto, uma das diferenças em relação ao presidencialismo é evidenciar esse vínculo entre governo e parlamento, entre executivo e legislativo, indissociável dos vínculos partidários. Um vínculo que é refeito extraconstitucionalmente no presidencialismo norte-americano.

No parlamentarismo, a estabilidade do governo não pode ser garantida no longo prazo por medidas constitucionais, mas somente pelo apoio de maiorias parlamentares fiéis e disciplinadas, cuja pré-condição é um sistema de partidos estável²²⁶.

O desenvolvimento dos partidos condiciona efetivamente o funcionamento dos regimes parlamentares, podendo-se classificar o regime conforme a estrutura dos partidos: um parlamentarismo majoritário, com a presença de maioria identificável da qual se prevê o voto; e um parlamentarismo não estabilizado, fruto do multipartidarismo, com muitas variações entre um e outro²²⁷.

²²⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 312-313.

²²⁵ CAPITANT, René. Régimes parlementaires. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris : Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 56.

²²⁶ HAYWARD, Jack. Un premier ministre, pour quoi faire? *Pouvoirs*, n. 83, p. 5-20, 1997. Disponível em <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Un-Premier-ministre-pour-quoi.html>>. Acesso em: 2mar.2018, p. 12.

²²⁷ BARANGER, Denis; LE DIVELLE, Armel. Régime parlementaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Paris : Dalloz, 2012, p. 159-193, p. 189-91.

Além do sistema partidário ser essencial para a formação do governo, suas características influenciarão a forma como o executivo se relaciona com o legislativo. Da mesma forma que o sistema partidário pode transformar o equilíbrio entre executivo e legislativo no presidencialismo, interferindo na separação de poderes, ele atua no parlamentarismo. Caso se defenda a separação de poderes, ainda que flexível, a interdependência entre governo e parlamento é transformada conforme a dinâmica partidária.

A autoridade do primeiro-ministro sobre o partido majoritário gera uma autoridade correlativa do governo sobre o parlamento. A verdadeira separação de poderes passa a ser entre o partido majoritário, que domina o parlamento e detém o governo, e o partido de oposição, que exerce as funções de controlador e reivindicador²²⁸. Ou confusão de poderes em benefício de um partido, sob o controle da oposição e arbitragem dos eleitores²²⁹. Assim como ocorre no presidencialismo norte-americano.

A existência do partido governamental majoritário transforma o esquema jurídico de separação de poderes flexível, pois o mesmo partido reúne em si as prerrogativas essenciais do legislativo e do executivo. Os postos governamentais estão nas mãos dos dirigentes partidários, que aplicam sua doutrina e seu programa. Um arranjo multipartidário, a seu turno, tende à separação de poderes, liberando o arranjo constitucional a exercer sua configuração: no modelo parlamentarista, obriga o governo a montar uma coalizão, sempre frágil, e os meios de ação recíprocos entre governo e parlamento retomam o seu significado: voto de desconfiança e dissolução²³⁰.

A configuração dos partidos políticos, sua estabilidade, o papel da oposição, são todos elementos determinantes da separação funcional de poderes, indispensável às instituições²³¹.

Em um regime parlamentar bipartidarista, a coesão e a disciplina do partido majoritário reforçam a concentração de poderes: se a unidade de voto é forte, o parlamento

²²⁸ DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 180.

²²⁹ GICQUEL, Jean. In DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves (org.). *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, p. 886.

²³⁰ DUVERGER, Maurice. *Les parties politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, 1951, p. 433 ; 439.

²³¹ CAMBY, Jean-Pierre. Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des 'régimes parlementaires contemporains'. In DEROSIER, Jean-Philippe e SACRISTE, Guillaume (org). *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris : Dalloz, 2014, p. 111-122, p. 122.

transforma-se em uma câmara de registro das decisões governamentais onde a minoria pode debater, mas a oposição permanece platônica; se, ao contrário, a disciplina dos votos é fluida, a maioria é menos certa, o partido no poder deve levar em consideração as próprias fissuras internas, o prestígio da assembleia se reforça e a separação de poderes renasce em certa medida²³².

O problema é que a falta de disciplina partidária afeta a integração entre governo e parlamento na função de legislar. Por isso, visando combater crises de governabilidade resultantes de conflitos potenciais entre governo e parlamento devido a cisões internas no grupo majoritário foram concebidos mecanismos com o objetivo de evitar a paralisia decisória do sistema.

Seu objetivo é compensar a inexistência de uma maioria parlamentar, ou de uma maioria indisciplinada sendo, portanto, intimamente ligado ao sistema de partidos²³³. A presença ou não de maiorias claras e estáveis no parlamento em um país que tenha adotado definitivamente o tipo parlamentarista de governo é um dado político e não propriamente institucional ou jurídico, com fatores repousando no direito, como a lei eleitoral, mas não a causa única da presença ou não de uma maioria²³⁴.

Esses mecanismos são conhecidos como (iv) parlamentarismo racionalizado, que consagra o fortalecimento do executivo-governo. São instrumentos que interferem tanto nas características tidas como essenciais ao parlamentarismo – responsabilização política do governo e capacidade de dissolução –, quanto na rotina dos trabalhos parlamentares, isto é, no trâmite legislativo.

A racionalização comporta dispositivos constitucionais que permitem ao governo dirigir a atividade das assembleias²³⁵, expressão constitucional de uma vontade política

²³² DUVERGER, Maurice. *Les parties politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, 1951, p. 437.

²³³ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 31ª ed. Paris: LGDJ, 2017. p. 175-6.

²³⁴ LE DIVELEC, Armel. Constitution juridique, système de gouvernement et système politique. In *Vies politiques: Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*. Paris: Dalloz, 2018, p. 77-97, p. 92; 95.

²³⁵ AVRIL, Pierre. Un nouveau droit parlementaire? *Revue du droit public*, n. 1, 2010, p. 121. Disponível em: <Lextenso.fr>. Acesso em: 23jan.2019.

claramente indicada: por um fim à paralisia do executivo²³⁶ e evitar conflitos²³⁷. A estrita regulamentação da moção de censura, a fixação da ordem do dia ou o voto bloqueado são técnicas habituais do parlamentarismo racionalizado²³⁸.

A racionalização institucionaliza uma dimensão metajurídica do poder por meio de regras de direito, enquadrando regras políticas que regem as relações executivo e legislativo em regras estritamente jurídicas escritas, entre as quais: a) relações internas ao executivo para precisar a repartição de tarefas; b) condições de nomeação e cessão de funções, investidura ou voto de confiança expresso obrigatório, bem como da expressão da desconfiança; c) condições de exercício do direito de dissolução²³⁹. Um dos seus efeitos é a preponderância do governo na elaboração normativa²⁴⁰.

A França é um exemplo marcante do parlamentarismo racionalizado e reforço do executivo na função de legislar, à despeito da dificuldade de enquadramento do arranjo constitucional na taxonomia clássica do parlamentarismo. É justamente este desenho particular que demonstra a dupla preocupação em resguardar a independência do executivo-governo e partilhar a função de legislar entre governo e parlamento, favorecendo o primeiro. A integração é atingida pelos poderes constitucionais de ambos e não pela proveniência de um pelo outro. Ou seja, encontra-se na encruzilhada entre os modelos tradicionais que definem a separação de poderes ao combinar um presidente eleito diretamente, um primeiro-ministro por ele efetivamente nomeado, e uma maioria parlamentar.

²³⁶ VERGELY, Daniel. L'équilibre des pouvoirs: une utopie constitutionnelle. *Revue du droit public*, n. 4, p. 1451, 2009.

²³⁷ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017; DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris: Seuil, 2016; FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2019; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012; GICQUEL, Jean In DUHAMEL, O. e MENY, Y. (org). *Dictionnaire constitutionnel*. Paris, PUF : 1992; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37ª ed. Paris : LGDJ, 2016; PEZANT, Jean-Louis. De la mise en œuvre des constitutions: l'exception française. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 409-417; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015.

²³⁸ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 127.

²³⁹ BARANGER, Denis; LE DIVELLE, Armel. Régime parlementaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel*. Distribution des pouvoirs. Paris: Dalloz, 2012. p. 159-193, p. 187-8.

²⁴⁰ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 19.

O debate teórico sobre a classificação do sistema, se presidencialista²⁴¹, semipresidencialista²⁴², parlamentarista²⁴³, parlamentarista com corretivo presidencial²⁴⁴, diarquia²⁴⁵, executivo bicefal²⁴⁶ decorre da mescla peculiar de elementos que servem como critério para as tipologias.

Do presidencialismo tira a eleição direta para o presidente e é este quem escolhe o primeiro-ministro, não o parlamento como seria a praxe no parlamentarismo. Deste, porém, aplica massivamente as técnicas de compartilhamento da função de legislar, elementos determinantes para a relação executivo e legislativo, além dos mecanismos de responsabilização via engajamento da responsabilidade e moção de censura e capacidade de dissolução da assembleia. Simultaneamente, resguarda a independência do governo e flexibiliza a especialização de funções, reforçando o papel do executivo na produção normativa.

Esse arranjo peculiar guarda relação com a noção de separação de poderes e, em especial, a necessidade de tornar o executivo independente do legislativo, pois o excesso de dependência era apontado como uma das falhas do período republicano anterior. A separação de poderes não é diretamente citada na Constituição Francesa, mas sim referenciada indiretamente no preâmbulo quando é citada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

À primeira vista, a referida separação de poderes parece mais uma figura de retórica, como revelam os trabalhos preparatórios da elaboração do texto, e criticada à época por ser um conceito obsoleto. Justificada em privado pelo Gen. De Gaulle como uma afirmação de que os poderes não devem vir da mesma fonte (o governo deve proceder do chefe de Estado

²⁴¹ MORABITO, Marcel. *Le chef de l'Etat en France*. 2ª ed. Paris : Montchrestien, 1996.

²⁴² DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18ª ed. Paris: PUF, 1990.

²⁴³ LE DIVELLE, Armel. La chauve-souris: quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 349-362.

²⁴⁴ COLLIARD, Jean-Claude. L'Élection du premier ministre et la classification des régimes parlementaires. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 517-531.

²⁴⁵ BOURMAUD, Daniel. Les V^{es} Républiques: monarchie, dyarchie, polyarchie -variations autour du pouvoir sous la V^e République, *Pouvoirs*, n. 99, p.7-17, 2001. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Les-Ves-Republiques-Monarchie.html>>. Acesso em: 10set.2018.

²⁴⁶ ARDANT, Philippe. L'article 5 et la fonction présidentielle, *Pouvoirs*, n. 41, p. 37-62, 1987. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/L-article-5-et-la-fonction.html>>. Acesso em: 6maio.2016.

e não do parlamento) e que devem ser separados pela sua composição, revelará toda a sua dimensão nas novas instituições francesas. Por baixo da aparência inofensiva que o ocultava, o princípio opera a perda do elo entre governo e parlamento²⁴⁷. E cria novo elo entre presidente, primeiro-ministro e governo.

A dupla presidente e primeiro-ministro trabalha junta na condução e determinação do funcionamento do governo. É o presidente quem nomeia, e escolhe, o primeiro-ministro (CFr, art. 8), salvo nos períodos que ficaram conhecidos como coabitação. Em período normal, ou seja, de coincidência de maiorias, presidencial e na Assembleia, ainda que a escolha respeite a composição do parlamento, é uma escolha pessoal do presidente, legitimado politicamente pela sua eleição direta.

Recolhendo de uma só vez os votos de milhões de homens e mulheres, enquanto que cada deputado é eleito por uma porção magra de milhares de votos, o presidente possui, sozinho, um peso político equivalente ao de uma maioria de deputados, considerando que essa maioria seja homogênea, o que pode acontecer com o voto uninominal, mas de forma alguma com o voto proporcional²⁴⁸. À heterogeneidade do parlamento, que poderia conduzir à instabilidade do gabinete, o arranjo responde com a unificação em torno do presidente.

O primeiro-ministro francês, a seu turno, não é o chefe do partido majoritário, não é eleito pelo parlamento e até recentemente era vedada a acumulação de cargos no governo e no parlamento. Nesse sentido, é independente. Porém, pode sofrer moção de censura. Nesse sentido, é responsável perante o parlamento. Por ser uma escolha do presidente, também é responsável perante ele. Preserva-se o presidente sem expor diretamente o primeiro-ministro aos humores da maioria, uma vez que, se por ela pode ser demitido, a ela não deve a sua nomeação.

Institucionalmente, pelo texto constitucional, o primeiro-ministro é central para os poderes legislativos e regulamentais do governo e para ligação com os demais atores: chefe

²⁴⁷ AVRIL, Pierre. La séparation des pouvoirs sous la V^e République, rhétorique et pratique. In BAUME, S.; FONTANA, B. (ed). *Les usages de la séparation des pouvoirs*. Paris: Michel Houdiard Editeur, 2008, p. 130-135, p. 131.

²⁴⁸ WALINE, Marcel. Quelques réflexions sur les institutions de la V^e République. *Revue du droit public*, p. 597-601, 1982, p. 598.

de Estado, parlamento, ministros, administração, Conselho de Estado, Conselho Constitucional. Na prática, a repartição de papéis e a margem de manobra do primeiro-ministro é condicionada pela confiança que lhe é dada pelo presidente e pela sua vontade de lhe deixar existir, o que depende de considerações políticas e pessoais²⁴⁹.

O modelo francês concentra poderes nas mãos do chefe de Estado em razão de sua eleição pelo sufrágio universal e da existência de uma maioria parlamentar. Com essas duas condições, o presidente exerce uma dominação direta no seio no executivo acompanhada de uma ascendência indireta sobre o legislativo via governo²⁵⁰.

A parceria presidente e primeiro-ministro reflete-se na condução do Conselho de Ministros, presidido pelo chefe de Estado (CFr, art. 9) que de caráter formal torna-se espaço de tomada de decisão. É lá que o presidente traça as orientações para o governo, entidade que determina e conduz a política da nação (art. 20), e onde se dará a moderação durante os períodos de coabitação, isto é, de governo dividido para usar o termo norte-americano.

O presidente é o verdadeiro chefe do governo ainda que a necessária divisão do trabalho reserve ao primeiro-ministro algumas tarefas de primeira linha, como enfrentar as críticas do parlamento e coordenar os diferentes departamentos ministeriais. O presidente aparece em segunda linha com relação ao parlamento, pois a iniciativa de leis e as ferramentas do processo legislativo pertencem ao primeiro-ministro. Porém, nisso como em outros pontos, a constituição só pode funcionar com o acordo do presidente, pois tudo é deliberado em Conselho de Ministros, o que faz a decisão retornar para o presidente²⁵¹.

A ordem do dia do Conselho de Ministros é definida pelo presidente, competência costumeira em decorrência de sua função, o que lhe concede papel essencial na direção da ação governamental e faz dessa instância locus de unificação do executivo²⁵².

²⁴⁹ TÜRK, Pauline. Le premier ministre, clef de voûte ou soliveau? In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 183-200; p. 188; 197.

²⁵⁰ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32ª ed. Paris: LGDJ, 2018, p. 179.

²⁵¹ MASSOT, Jean. *La Présidence de la République en France*. Paris: La Documentation Française, 1977, p. 123; 133.

²⁵² FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18ª ed. Paris: Hachette, 2015, p. 33; CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 90-92; CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2016, p. 342.

Rapidamente, a função presidencial imprecisa e ambígua na letra da constituição revela-se devoradora na prática: nada será mais imóvel na V República do que a extensão dos poderes do executivo. O presidente traça as orientações, fixa os objetivos, dá as diretrizes do governo, o primeiro-ministro é um personagem poderoso, mas subordinado²⁵³. Há uma delimitação entre determinação da política da nação, que compete ao presidente, e a condução que pode, talvez, ser partilhada²⁵⁴. No seio do executivo, o presidente é o chefe incontestável²⁵⁵. E o primeiro-ministro, a correia de transmissão das vontades presidenciais²⁵⁶. A imbricação da partilha de funções entre os dois exige uma arbitragem, feita em favor do presidente em decorrência de uma convenção pela qual o primeiro-ministro é responsável perante o chefe de Estado: isso é o que define o dualismo do regime francês²⁵⁷.

Por conta da independência do presidente em relação ao parlamento e as funções do primeiro-ministro diante dele, elementos políticos precisam ser levados em conta para garantir o funcionamento desse desenho. O primeiro-ministro não é obrigatoriamente escolhido entre os deputados eleitos nem é o chefe da maioria partidária, mas se torna o coordenador da maioria governamental.

O primeiro-ministro, além de ser o homem de confiança do presidente, deve também ter condições de dirigir a equipe governamental e a maioria parlamentar. Por isso, em geral é uma personalidade conhecida politicamente²⁵⁸. Na França, não é o chefe da maioria que vira primeiro-ministro, mas o primeiro-ministro que vira chefe da maioria²⁵⁹. E ele só pode ser o

²⁵³ VALLETE, Jean-Paul. *La dynamique du pouvoir exécutif sous la V^e République*. 1993. Tese (Doutorado em Direito Público) – Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1993, p. 122; 329.

²⁵⁴ MAUS, Didier. *Études sur la constitution de la V^e République*. Paris: Les Éditions STH, 1990, p. 171 ; LASCOMBE, Michel. Le soleil a rendez-vous avec la lune: quel réaménagement des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre? *Revue du droit public*, n. 1, p. 234-246, 2002, p. 237.

²⁵⁵ FOURNIER, Jacques. Politique gouvernementale: les trois leviers du Président. *Pouvoirs*, n. 41, p. 63-74, 1987, p. 64.

²⁵⁶ LASCOMBE, Michel. Le soleil a rendez-vous avec la lune: quel réaménagement des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre? *Revue du droit public*, n. 1, p. 234-246, 2002, p. 237.

²⁵⁷ AVRIL, Pierre. *Les conventions de la constitution*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 115.

²⁵⁸ FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18^a ed. Paris: Hachette, 2015, p. 29.

²⁵⁹ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^a ed. Paris: Seuil, 2017, p. 137.

chefe da maioria se é reconhecido como tal; somente o estado das forças políticas pode permitir tal reconhecimento²⁶⁰.

Quando a maioria parlamentar reflete a maioria presidencial, isto é, pertencem ao mesmo partido, a escolha do presidente é livre, mas nunca totalmente discricionária, pois a autoridade do primeiro-ministro deve ser aceita pela maioria. A composição desta e a personalidade daquele condicionam a escolha e pesam sobre o resultado. Ainda que mediada pelo chefe de Estado, a lógica de funcionamento é a dos sistemas parlamentaristas: as eleições legislativas são orientadas visando a formação de um governo e este governo é parlamentar pois repousa sobre o apoio da maioria²⁶¹.

Em um período de mais de trinta e seis anos, entre janeiro de 1959 e julho de 1997, durante quatorze anos a função de primeiro-ministro foi exercida por homens que jamais participaram do legislativo, ou porque nunca foram eleitos, ou porque foram eleitos e imediatamente assumiram cargos no governo²⁶². Em regra, possuem a experiência como burocratas; a vivência de alguns anos de parlamento é exceção antes da nomeação²⁶³.

Para nomear o resto do gabinete, o primeiro-ministro precisa do acordo do presidente (CFr, art. 8). Em tempos de concordância de maiorias, as escolhas do primeiro-ministro são, de fato, as escolhas do presidente²⁶⁴, ou por acordo entre ambos²⁶⁵.

Contrariamente à praxe dos sistemas parlamentaristas, o gabinete não é completamente recrutado entre os membros da maioria. Antes de 2008, a norma é o dever de abandonar, definitivamente, o cargo eletivo nacional uma vez empossado como ministro.

²⁶⁰ DUVERGER, Maurice *et alli*. La V^e République: primauté présidentielle ou fait majoritaire? *Pouvoirs*, n. 4, p.123-131. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/La-Ve-Republique-primaute.html>>. Acesso em: 30ago.2018.

²⁶¹ AVRIL, Pierre. Quel équilibre entre exécutif et législatif? *Revue du droit public*, n. 1, p. 268-279, 2002, p. 270.

²⁶² MOPIN, Michel. Diriger le parlement. *Pouvoirs*, n. 83, p. 41-58, 1997. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Diriger-le-Parlement.html>>. Acesso em: 2fev.2018, p. 42.

²⁶³ ROSE, Richard. Présidents et Premiers ministres: éléments de comparaison *Pouvoirs*, n. 41, p.5-25, 1987. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Presidents-et-Premiers-ministres.html>>. Acesso em: 2dez.2015.

²⁶⁴ BENETTI, Julie. L'avis du parlement, le choix du prince. In *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 351-362, p. 35; MASSOT, Jean. *La Présidence de la République en France*. Paris: La Documentation Française, 1977, p. 199.

²⁶⁵ FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18^a ed. Paris: Hachette, 2015, p. 30; VALLETE, Jean-Paul. *La dynamique du pouvoir exécutif sous la V^e République*. 1993. Tese (Doutorado em Direito Público) – Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1993, p. 485; CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane, *Droit Constitutionnel*. 7^a ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 350.

Após a revisão constitucional de 2008, o não acúmulo de cargos é provisório, enquanto durar a nomeação, podendo o cargo eletivo ser retomado após saída do governo e cumprimento de quarentena.

Este é um ponto de diferença importante com relação aos sistemas parlamentaristas em geral que em 1958 motivou-se pela vontade de emancipar o governo do parlamento, de evitar a corrida aos cofres, e foi atenuada posteriormente, com o suplente servindo como guardião da vaga, caso necessário²⁶⁶. Com a revisão da regra em 2008 e possibilidade de manutenção do cargo eletivo, o objetivo passa a ser não o reforço do governo, já superado, e sim o reforço do parlamento, daí a possibilidade de retomar o mandato²⁶⁷.

O gabinete francês em nada se assemelha ao gabinete inglês. Ainda que os membros do governo tenham livre trânsito nas assembleias, eles não exercem mandato parlamentar, não possuem voto em plenário. A integração entre governo e parlamento é abrandada no quesito recrutamento.

Na França, a dupla clássica do parlamentarismo composta por responsabilidade ministerial e dissolução ganha novo formato. A dissolução é pronunciada pelo presidente (art. 12), após consulta ao primeiro-ministro e às assembleias. Não pode ser feita por presidente interino, nem no ano seguinte a uma dissolução, nem durante a vigência do estado de urgência (art. 16).

É faculdade discricionária²⁶⁸ e foi usada na maioria das vezes para reforçar o governo, como na Inglaterra²⁶⁹.

Foram cinco dissoluções na V República: duas pelo Gen. De Gaulle, a primeira decorrente de crise no seio do governo e a segunda na sequência dos acontecimentos de maio de 1968; duas por Mitterrand na sequência de sua eleição, objetivando compor uma maioria

²⁶⁶ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 31ª ed. Paris: LGDJ, 2017. p. 695-6, 750-1.

²⁶⁷ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 142.

²⁶⁸ COHENDET, Marie-Anne. *Le président de la République*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2012; FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18ª ed. Paris: Hachette, 2015, p.41.

²⁶⁹ MASSOT, Jean. *La Présidence de la République en France*. Paris: La Documentation Française, 1977, p. 134; PONTTHOREAU, Marie-Claire. Le président de la République: une fonction à la croisée des chemins, *Pouvoirs*, n. 99, p. 33-44, 2001. Disponível em: <10.3917/pouv.099.0033>. Acesso em: 16dez.2015, p. 38.

parlamentar [septanato e não coincidência das eleições] e a última em 1997 por Chirac, após dois anos de mandato, com o objetivo de antecipar a eleição legislativa prevista para o ano seguinte e renovar a maioria, mas o resultado foi o início da terceira coabitação, que durou cinco anos. Essa última coabitação engendrou a reforma do quinquentenato²⁷⁰, isto é, a redução do mandato presidencial de sete para cinco anos.

Quanto à responsabilidade ministerial, o governo é responsável perante o parlamento (art. 20) e a formalização ou desafio dessa responsabilidade se dará pelos procedimentos de engajamento da responsabilidade (art. 49), que equivale à questão de confiança, e moção de censura (art. 49 e 50).

A discussão jurídica é sobre a obrigatoriedade do engajamento de responsabilidade sobre o programa ou uma declaração geral de política no início do mandato: a prática mostrou que não é obrigatória, com vários primeiros-ministros recusando-se a fazê-lo²⁷¹. A partir de 1966, Pompidou estabelece a doutrina do caráter facultativo e até 1974, houve muita reticência na demanda de aprovação; entre 1974 e 1988 a prática foi renovada; entre 1988 e 1993, os governos Rocard, Cresson e Bérégovoy se contentaram com declarações gerais sem solicitação de voto pois dispunham de frágil maioria; em 1993 (Balladur), 1995 (Juppé), 1997 (Jospin), 2002 (Raffarin), 2005 (de Villepin), 2010 (Fillon), 2012 (Ayrault), 2014 (Valls) e 2017 (E. Philippe) retomaram a prática solicitando o voto sobre uma declaração de política geral²⁷².

A tendência é aprovação de declaração política geral, o que reforça o caráter de faculdade da aprovação do programa e inverte o ônus, pois a moção de censura precisa de mais votos²⁷³. É uma espécie de parlamentarismo negativo no qual a confiança é presumida (arts. 8 e 49, al.1) e pode ser ligada a um texto (art. 49, al. 3)²⁷⁴. Nesse cenário, o engajamento da responsabilidade sobre um texto é mais uma ferramenta do parlamentarismo racionalizado do que ato de responsabilização perante o parlamento.

²⁷⁰ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 296-297.

²⁷¹ FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18ª ed. Paris: Hachette, 2015, p. 105.

²⁷² FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 813.

²⁷³ MASSOT, Jean. *La Présidence de la République en France*. Paris: La Documentation Française, 1977, p. 117.

²⁷⁴ LE DIVELLEC, Armel. *Parlementarisme négatif et captation présidentielle: la démocratie française dans la 'cage d'acier' du présidentielisme*. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 73-87, p. 76.

A V República é uma espécie de monismo à avessas, pois o chefe de governo se considera responsabilizável somente perante o chefe de Estado, restando mais virtual do que efetiva a sua responsabilidade perante a assembleia (CFr, art. 50-C)²⁷⁵.

Pela constituição, o papel do presidente na demissão do primeiro-ministro é meramente formal, cabendo ao segundo se demitir, e não ser demitido. Na realidade, o primeiro-ministro é responsável cotidianamente perante o chefe de Estado. Anedotas contam que o Gen. De Gaulle pedia de início, logo na nomeação, uma carta de demissão assinada e sem data. Giscard d'Estaing confessa que Chirac entregou a sua em 1974, dois anos antes dos eventos que culminaram na sua demissão²⁷⁶.

Essas pequenas histórias de bastidores sobre os ministros e a forma pela qual se afirmam independentes perante o parlamento e dependentes diante do chefe da nação apenas reforçam a centralidade do presidente na condução geral do governo, combinando as regras constitucionais com a dinâmica extraconstitucional. A realidade do arranjo, mais uma vez, é intrinsicamente ligada à política.

Cronologicamente: o presidente se faz eleito com base em um programa de governo; ele escolhe um governo para aplicar esse programa; o presidente orienta a ação do governo²⁷⁷.

Até a reforma constitucional que alterou o tempo de mandato presidencial, reduzindo-o de sete anos para cinco, com eleições para o legislativo poucos meses depois, era possível que o presidente perdesse a maioria na Assembleia Nacional após a segunda eleição legislativa do seu mandato. Nesse caso, tinha início o período de coabitação, no qual a configuração do sistema muda: o primeiro-ministro deixa de ser subordinado ao presidente. Além de ser o chefe da maioria, passa a ser efetivamente a escolha da maioria.

²⁷⁵ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 31ª ed. Paris: LGDJ, 2017. p. 175.

²⁷⁶ VALLETE, Jean-Paul. *La dynamique du pouvoir exécutif sous la V^e République*. 1993. Tese (Doutorado em Direito Público) – Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1993, p. 291-2912.

²⁷⁷ MASSOT, Jean. *La Présidence de la République en France*. Paris: La Documentation Française, 1977, p. 123 ; 112.

Com o governo dividido, o presidente francês se torna praticamente um poder moderador, usando das poucas prerrogativas que possui independentemente, como a promulgação da lei e assinatura de atos do governo, para contrabalançar, ou impedir, o domínio do parlamento. Com poderes reduzidos, o presidente deixa de controlar o parlamento, e passa a ser um ponto de resistência da minoria, como demonstrou o presidente Mitterrand nas várias ocasiões em que dificultou a aprovação de legislação²⁷⁸.

São períodos de tensão político-institucional em que as regras que permitem ao governo manejar a maioria no parlamento continuam demonstrando a sua eficácia. Com as mudanças realizadas para fazer coincidir a eleição presidencial com as eleições parlamentares, a tendência é a redução ou desaparecimento dos períodos de coabitação.

Os períodos de coabitação na França, 1986-1988, 1993-1995, 1997-2002, funcionaram de maneira muito distinta entre eles, e coloca a tipologia clássica ainda mais inaplicável no país, pois inaugura a cisão no seio do executivo e realça a faculdade de impedir do presidente²⁷⁹. A constituição francesa é suficientemente flexível para admitir presidencialismo com o presidente todo poderoso ou parlamentarismo com o presidente atuando como moderador²⁸⁰. Ela se adapta ao apagamento do presidente em tempos de coabitação em benefício de um sistema primo-ministerial ou o contrário, em um sistema definitivamente presidencialista²⁸¹.

Apesar das críticas, o sistema de repartição de poderes entre as duas cabeças do executivo funciona há mais de quarenta anos [sessenta, atualmente] sem que, a despeito de exemplos diversos e de idas e vindas entre l'Élysée e Matignon, as instituições jamais ficassem paralisadas. O país sempre foi governado, a equipe ministerial pode colocar em marcha a sua

²⁷⁸ Exemplos serão dados no item 3.4.

²⁷⁹ CAMBY, Jean-Pierre. Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des 'régimes parlementaires contemporains'. In DEROSIER, Jean-Philippe e SACRISTE, Guillaume (org). *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 111-122, p. 120.

²⁸⁰ COHENDET, Marie-Anne. *Le président de la République*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 20.

²⁸¹ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris, PUF, 2015, p. 404.

política. A constituição, na sua imprecisão, manifestou uma flexibilidade e capacidade de adaptação notáveis²⁸².

A V República francesa foi desenhada para superar a inexistência de maiorias instáveis, indisciplinadas, pouco homogêneas e solidárias, daí a justificativa para tantos privilégios ao governo para assegurar sua sobrevivência e meios de ação. O problema é que, na ausência de identidade entre executivo e parlamento, os instrumentos degradingolam para o conflito declarado, daí as revisões de 1995 e 2008²⁸³. O Conselho de Ministros, que era espaço de integração do executivo, torna-se o local onde o presidente fará agir seus poderes em período de coabitação com a prerrogativa de fixar a ordem do dia e presidi-lo, recusando a assinatura de certas matérias para impedir a ação do governo²⁸⁴. A coabitação é fundamental para relembrar que o titular da função presidencial é, e permanece, um órgão de Estado, avocando, inclusive, direito de veto em certos casos²⁸⁵. O peso político do chefe de Estado permanece não negligenciável e o presidente não se reduz à figurante²⁸⁶. Ele faz uso do papel de árbitro e garantidor das instituições (CFr, art. 5º) para continuar intervindo na política governamental, pois uma coisa não pode ser separada da outra, o que se evidencia nas coabitações²⁸⁷.

Não há dúvida de que a V República é um regime parlamentar, mas particular, tanto na sua inspiração quanto na prática. É um regime de energia presidencial porque toda a atividade do primeiro-ministro, especialmente aquela que se traduz em atos jurídicos, se efetua, de fato, em benefício do presidente. Este consegue fazer o parlamentarismo funcionar em seu benefício captando os mecanismos que, nos regimes monistas, são usufruídos pelo chefe do governo. Isso não é traduzido juridicamente, mas o processo de decisão assemelha-se ao parlamentarismo e se distingue radicalmente do presidencialismo norte-americano. Essa captura interrompe-se completamente na situação de coabitação. Juridicamente, tudo

²⁸² ARDANT, Philippe. Comment réaménager les pouvoirs du Président et du Premier ministre pour un régime primo-ministériel? *Revue du droit public*, n. 1, p. 247-260, 2002, p. 248.

²⁸³ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 30.

²⁸⁴ FOURNIER, Jacques. Politique gouvernementale: les trois leviers du Président. *Pouvoirs*, n. 41, p. 63-74, 1987, p. 65; 67.

²⁸⁵ MORABITO, Marcel. *Le chef de l'Etat en France*. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 147-148.

²⁸⁶ PONTTHOREAU, Marie-Claire. Le président de la République: une fonction à la croisée des chemins. *Pouvoirs*, n. 99, p. 33-44, 2001. Disponível em: <10.3917/pouv.099.0033>. Acesso em: 16dez.2015, p. 35.

²⁸⁷ FOURNIER, Jacques. Politique gouvernementale: les trois leviers du Président. *Pouvoirs*, n. 41, p. 63-74, 1987, p. 73.

permanece igual, mas politicamente, tudo é diferente. O presidente desempenha o papel clássico de corretivo, órgão regulador ou contrapoder²⁸⁸.

A redução do mandato presidencial, de sete para cinco anos, tem por efeito tornar a V República ainda mais inclassificável, pois repousa sobre a ideia de adequação inicial total entre maioria presidencial e maioria parlamentar. Se essa adequação se verifica dentro de uma configuração majoritária estável, então o chefe de Estado aparece aos olhos da opinião pública como o único responsável pela política levada, e o paradoxo é que ele não tem responsabilidade política perante a assembleia. Se, ao contrário, esse vínculo se rompe, o primeiro-ministro não se encontra na mesma situação de seu homólogo inglês, pois o poder executivo é sempre partilhado com o chefe de Estado. Nos dois casos, não é a constituição, a existência ou não da dissolução do artigo 49, mas sim as configurações políticas que são a chave do funcionamento das instituições²⁸⁹.

O que é específico da França é que, fora da coabitação, a maioria é submissa ao presidente e a ele compete a escolha do primeiro-ministro, fazendo com que a maioria parlamentar decorra da maioria presidencial por uma espécie de transitividade, e é isso que fundamenta o poder do presidente²⁹⁰. Entretanto, a maioria, ainda que apoie o presidente, é uma maioria parlamentar, daí a inadequação do termo maioria presidencial, pois esta é formada na eleição do presidente e não é certo que continue; a maioria formada no seio do parlamento para compor e apoiar um governo e fazer aprovar as leis, por sua vez, pode ser estável ou não ao longo da legislatura²⁹¹.

A plasticidade do parlamentarismo francês, no qual o primeiro-ministro é mais fiel ao presidente do que ao parlamento, reforça ainda mais os poderes do executivo. Ao mesmo tempo, potencializa o desligamento dos parlamentares em relação ao governo, aumentando a indisciplina e a instabilidade da maioria. Para combater as crises de governabilidade, os

²⁸⁸ LE DIVELLE, Armel. La chauve-souris: quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 349-362, p. 349-51.

²⁸⁹ CAMBY, Jean-Pierre. Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des 'régimes parlementaires contemporains'. In DEROSIER, Jean-Philippe; SACRISTE, Guillaume (org). *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 111-122, p. 122.

²⁹⁰ COLLIARD, Jean-Claude. L'élection du premier ministre et la théorie du régime parlementaire. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris : Montchrestien, 2001. P. 517-531, p. 529.

²⁹¹ COHENDET, Marie-Anne. *Le président de la République*. 2^a ed. Dalloz, Paris, 2012, p. 33.

instrumentos de controle do governo sobre a produção legislativa se tornam ainda mais relevantes. Seja qual for o cenário, o mote é sempre o mesmo: cabe ao governo comandar o processo legislativo e exercer, com a colaboração do parlamento, a função legislativa.

Já não existe hoje parlamentarismos ou presidencialismos puros. O que existe, por assim dizer, é uma parlamentarização do presidencialismo e vice-versa²⁹². Entretanto, a forma como o presidente ou o primeiro-ministro se relacionam com a base parlamentar varia em cada caso: enquanto o presidente é constantemente tentado a ver o seu partido de maneira instrumental, o primeiro-ministro é obrigado a ver o seu partido como uma organização permanente de ativistas políticos dedicados a uma plataforma, a qual ele pode tentar fazer avançar sem, contudo, fugir da projeção de uma imagem do partido como representante de determinado projeto político²⁹³.

Nos sistemas parlamentaristas republicanos, com representação presidencial, os arranjos englobam situações nas quais o presidente desempenha o papel de um monarca eleito, isto é, detém poucas prerrogativas e atua muito mais como poder neutro ou moderador, e outras nas quais o presidente, eleito pelo voto direto, possui mais prerrogativas e exerce papel mais destacado. Independentemente do plano de fundo, se monarquista ou presidencialista, o executivo, encarnado no governo, destaca-se na condução da pauta legislativa.

Conclusão do capítulo

A essência do princípio da separação de poderes é o governo moderado, um governo sem excessos, sem uma força extraordinária capaz de subjugar a sociedade. Tal moderação se reveste em equilíbrio pelos mecanismos de pesos e contrapesos, seja pela segregação dos ditos poderes em diferentes autoridades como consequência lógica da inacumulação, seja pela faculdade de impedir a ação do outro que atente contra a própria moderação do poder, veto no sentido amplo. Como a dinâmica das organizações políticas não é estática, é da

²⁹² MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p.72.

²⁹³ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000, p.660.

natureza do seu processo de evolução a modificação dos instrumentos jurídico-políticos que zelarão pela manutenção da moderação entre as instituições.

A combinação entre a doutrina da separação de poderes e a classificação dos regimes e sistemas políticos teve, desde a sua origem, a dificuldade clássica de se tentar encaixar a realidade nos modelos teóricos. A associação entre separação rígida e sistema presidencialista, e separação flexível e sistema parlamentarista deixa de fora todas as nuances do exercício do governo e do compartilhamento da função legislativa encontradas em cada um deles. Em comum, persiste o zelo do princípio negativo da separação, isto é, de que todos os poderes não devem ser acumulados em um único detentor. É o aspecto da limitação que sobrevive e se superpõe às tentativas de especialização e independência completa.

Nos sistemas presidencialistas, a participação pontual do executivo no processo legislativo, formalmente classificada como interdependência por cooperação, não atende às necessidades de atuação do primeiro diante de suas tarefas no comando do governo. Nos sistemas parlamentaristas, a integração entre o governo, representado pelo gabinete, e a assembleia permite maior coordenação política, tendo em vista o vínculo estreito entre ambos. Contudo, tal tipologia é insuficiente para entender a organização estatal contemporânea, na qual o executivo, em qualquer formato, possui papel de destaque: presidentes têm poderes reforçados, assim como primeiros-ministros. No limite, a prática conduz à minimização das diferenças entre presidencialismo e parlamentarismo.

Em sistemas parlamentaristas, a necessidade de legislar do governo é vista com muito mais tranquilidade, por ser inerente ao sistema. É a maioria parlamentar que assume o executivo, e o primeiro-ministro pode perder o cargo sempre que a maioria esteja ameaçada ou que seu desempenho não corresponda aos anseios populares e do parlamento. Declaradamente é o governo quem faz a lei.

Para se obter o mesmo efeito no presidencialismo, a adaptação do modelo norte-americano para outros países, especialmente na América Latina, mostrou a consagração de mais poderes ao presidente eleito que, para além do veto, pode dispor de iniciativa legislativa, poder de decreto, poder de intervenção nos estados federados, entre outros. São regras que

fazem a balança de poder tender para o executivo, e que se mostram efetivas para tanto, emulando instrumentos disponibilizados ao executivo nos sistemas parlamentaristas.

Contudo, as prerrogativas constitucionais do presidente, por mais reforço que lhe tragam, não dispensam a leitura complementar do sistema político-partidário para se analisar, com mais clareza, em que medida o esquema jurídico de separação de poderes encontra-se ou não afetado. Como fica claro nos Estados Unidos, a relação executivo-legislativo altera-se conforme a composição partidária de cada um. Em qualquer sistema, o dualismo de partidos tende a concentrar o poder.

A definição constitucional da separação de funções entre executivo e legislativo mostra a dimensão legal-institucional, mas é o manejo cotidiano dessas regras, o que elas aportam para a prática quando em funcionamento, que fornece o cenário mais preciso sobre a dinâmica constitucional-política e as relações entre os órgãos no desempenho das funções compartilhadas. O estudo da forma como se dá a cooperação entre os poderes legislativo e executivo em torno da elaboração e aprovação de leis é fundamental para compreendermos a operacionalização dos dispositivos constitucionais.

O que se observa, atualmente, é o aprofundamento da relação entre executivo e legislativo, com mais integração entre os dois órgãos e o primeiro assumindo cada vez mais funções na função de legislar.

CAPÍTULO 2 A TRANSFERÊNCIA DO PODER DE LEGISLAR PARA O EXECUTIVO

Da solução que retirava todos os poderes legislativos do executivo, simbolizado pelo rei, e os colocava nas mãos dos representantes do povo, reunidos no parlamento, passa-se à devolução de parcelas do poder legislativo ao executivo-governo, agora também eleito. A ampliação constitucional de funções em prol do governo fortalece-o institucionalmente. Potencialmente, pode afetar o equilíbrio nas relações entre os órgãos executivo e legislativo e afetar a capacidade de controle inerente à repartição de funções.

A complexidade crescente das tarefas do Estado amplia a necessidade de participação do órgão executivo na função de legislar. O papel estatal muda ao longo do tempo, especialmente a partir da primeira metade do século XX, com a intensificação das atividades de desenvolvimento econômico e social. Consequentemente, amplia-se a produção normativa e a necessidade de participação na sua elaboração por aqueles que a colocarão em prática. A realidade impõe a concessão de poder de legislar ao governo.

Os arranjos funcionais clássicos baseados em uma separação mais ou menos rígida de funções estatais vão se mostrando insuficientes, como fica evidenciado pela necessidade de o presidencialismo ampliar a interferência na produção legislativa e pela ampliação do controle pelo gabinete nos sistemas parlamentaristas.

Nos Estados Unidos, isso é feito por mecanismos extraconstitucionais, e expansão de prerrogativas constitucionais dentro dos limites validados e tolerados pelos demais órgãos. Em outros países presidencialistas, como o Brasil, isso é feito constitucionalmente, com a consagração de poderes de iniciativa legislativa e poder de decreto, delegando o poder legiferante ao presidente em domínios ou situações específicas.

Em sistemas parlamentaristas, o gabinete passa a coordenar e controlar cada vez mais o trabalho das assembleias, ditando a produção legislativa e minando o espaço da oposição. O modelo inglês ilustra a ampla concentração de iniciativa e consecução legislativa nas mãos do governo. Na França, por sua vez, são as ferramentas do parlamentarismo racionalizado que instrumentalizam o governo para obter os resultados legislativos desejados.

Por onde for, o parlamento vai deixando de ser a casa da criação legislativa por excelência e passando a ser o lugar do aprimoramento da produção pensada e proposta pelo executivo-governo, com proposição reativa à agenda comandada por este. Ele continua essencial para o poder de legislar, mas a catalisação da produção pelo governo faz com que o legislativo assuma o papel de controle do processo: em vez de estatuir, passa a impedir. Surge um novo equilíbrio no compartilhamento da função de legislar, com novas tarefas de cada lado.

Uma vez operado (2.1) o deslocamento da função legislativa em sistemas parlamentaristas ou presidencialistas, este será colocado em prática com (2.2) o crescimento de prerrogativas do governo para interferência no processo legislativo ou (2.3) criação de uma capacidade autônoma de legislar.

2.1 O deslocamento da função legislativa

O desenho constitucional clássico de separação de tarefas na função de legislar, mais rígido no presidencialismo e mais integrado no parlamentarismo, deixa progressivamente de atender às necessidades do governo na função de legislar. A lei vai deixando de ser instrumento de mera regulação das relações sociais e passa a ser indutora da situação almejada pela coletividade. Tendo em vista que o implemento dessa indução compete ao órgão executivo, ele passa a dirigir o processo de elaboração da lei que lhe permitirá atuar. Consequentemente, ocorre a transferência de algumas tarefas do legislativo para o executivo, que assume a direção do que é agora o governo. O reforço de um implica o enfraquecimento do outro.

No contexto da representação e da doutrina da separação de poderes, a função legislativa é a função democrática por excelência e por isso deveria ser concentrada nas mãos dos representantes do povo, cabendo ao órgão investido da função executiva uma participação menor. Com o passar do tempo, as mudanças na dinâmica político-social alteram o equilíbrio entre os órgãos executivo e legislativo e este perde a proeminência e o monopólio da representação popular. O presidente, ou o primeiro-ministro, ganham legitimidade política com a eleição. Para atender à nova pluralidade democrática efetua-se a transferência de parte do poder de legislar que era detido quase que exclusivamente pelo parlamento.

Se à época do liberalismo e do surgimento das primeiras constituições o objetivo era preservar a esfera individual da interferência do Estado, no pós-guerra e nas novas constituições o indivíduo, para se realizar e exercer suas capacidades, passa a ser dependente da prestação de serviços pelo poder público. Antes ameaça ao indivíduo, o Estado passa, agora, a ser garantidor do seu desenvolvimento.

A expansão do Estado é um fenômeno mundial e que toma contornos diferentes, porém convergentes, em diferentes países. Nos países socialistas, o Estado se expande com a absorção da sociedade civil; nos países em desenvolvimento, encarregado de realizar a integração social e promover o desenvolvimento econômico, torna-se polo em torno do qual se estruturam as relações econômicas e sociais. Nos países liberais, ainda que guardada a construção desse novo papel de forma pluralista, o surgimento do estado do bem-estar social gerou grande transformação das funções estatais: na superfície, pelo alargamento do domínio de intervenção e, nas profundezas, pelo fornecimento direto de prestações ao público, encarregado de realizar a igualdade real, e não apenas formal, dos indivíduos, em nome do imperativo da justiça social²⁹⁴.

As demandas sociais são múltiplas e fragmentadas, o que se desdobra, por meio da representação, na heterogeneidade do órgão legislativo. A diversidade da sociedade transforma-se em cisão no seio do parlamento. Não há mais uma vontade da nação capaz de produzir uma normatividade abstrata e geral: há, no seu lugar, muitas vontades que disputam espaço institucional. O legislativo, ao representar a multiplicidade, torna-se o contrário, uma entidade fragmentada por natureza e, portanto, enfrenta dificuldade para se manifestar em uma única direção.

Há uma diferença fundamental entre a democracia concebida pelos primeiros constitucionalistas e aquela que passa a ser praticada após as grandes guerras mundiais. A concepção clássica da democracia está calcada na abnegação do poder soberano dos cidadãos, enquanto que na democracia social, o poder deve buscar sua força no desejo de bem-estar de uma coletividade infinitamente diversificada. Quanto mais as tarefas do Estado

²⁹⁴ CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 26.

de Bem-Estar aumentam e se multiplicam, menos ele consegue cumpri-las, dado que as necessidades dividem a força popular necessária a seu dinamismo²⁹⁵.

As transformações nas demandas da sociedade intensificam-se e a organização político-estatal precisa reinventar-se para dar conta do trabalho. A tripartição de funções baseada na independência e especialização, como fronteiras mais ou menos fluidas no compartilhamento da função de legislar vai caminhando para: (2.1.1) a ascensão do executivo-governo e (2.1.2) o esvaziamento das funções do parlamento.

2.1.1 A ascensão do executivo-governo

A ascensão do executivo na função de legislar está relacionada diretamente ao incremento de tarefas do Estado. A partir de meados do século XX, há deslocamento do eixo de poder para o executivo em detrimento do legislativo, favorecido pela representatividade democrática que ganha o presidente ou o primeiro-ministro.

Nesse contexto: (i) a separação de poderes deixa de atender às necessidades do Estado, dando surgimento à (ii) síntese em torno do governo que transformará o papel do parlamento.

Com o aumento contínuo das funções do Estado, especialmente quando este se apresenta para atuar na reconstrução e retomada do desenvolvimento dos países após a II Guerra Mundial, cresce também a necessidade de aprovar legislação para autorizar e dar suporte a tais funções. Combinada à onda de ampliação de direitos que se reveste o Estado do Bem-Estar social, a feitura de políticas públicas implica estreitamento das relações com o parlamento para dotar o executivo dos meios de ação.

Uma confluência de elementos contribui para a mudança do centro de gravidade da organização estatal do parlamento para o executivo-governo. No início do século XX, três fatores são fundamentais para colocar o executivo em destaque: o surgimento da democracia

²⁹⁵ BURDEAU, Georges. La conception du pouvoir selon la constitution du 4 octobre 1958. *Revue Française de Science Politique*, v. 9, n. 1, p. 87-100, 1959, p. 96.

de massas; a I Guerra Mundial e a atenção que traz para a tomada de decisão e sua eficácia em contraste com a deliberação parlamentar; e o alargamento das tarefas do Estado²⁹⁶.

Não apenas isso: a eleição direta do chefe do executivo assegura a autonomia do presidente e, portanto, do poder governamental²⁹⁷. O poder executivo, encarnado no governo, seja um presidente ou primeiro-ministro, apresenta-se como um agregador de preferências em contraposição ao parlamento, fragmentado pela representatividade democrática.

Ao eleger um presidente, ou uma composição parlamentar de determinado viés, opta-se também pela execução de um plano de governo e as políticas que ele abarca. Por esse motivo, há necessidade concreta de dar ao governo, ao poder executivo, os meios de executar o seu programa, o que envolve não somente executar, mas também fazer as leis que permitem essa execução. Afinal, foi justamente para executar o seu programa que ele teria sido eleito e, para tanto, precisa se relacionar com o órgão legislativo. Isso ocorre tanto em sistemas presidencialistas quanto nos parlamentaristas, tomando formas distintas em cada um deles. Em comum, há o fato de que o executivo ou o governo não podem dominar o processo legislativo isoladamente ou sem a participação dos partidos políticos.

O sistema de (i) separação de poderes não mais atenderia às necessidades do Estado moderno, pois contém um vício fundamental inerente à separação de tarefas entre executivo e legislativo: a concepção racional e hierárquica do processo de decisão²⁹⁸. Os regimes presidencialistas e parlamentaristas flexibilizam a separação de poderes com uma colaboração de poderes, limitada no presidencialismo e bastante ampla no parlamentarismo²⁹⁹.

A separação de poderes, pensada e estabelecida em um contexto liberal, do Estado-guardião, não serve para o nascente Estado de Bem-Estar social, pois desequilibra os poderes

²⁹⁶ ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015, p. 69-70.

²⁹⁷ DUHAMEL, Olivier. TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris: Seuil, 2016, p. 488.

²⁹⁸ MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Politique comparée - les démocraties: Allemagne, États-Unis, France, Grand Bretagne, Italie*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 251.

²⁹⁹ VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2002, p. 165.

entre si. O novo papel do Estado conduz naturalmente ao avantajamento do executivo em relação ao legislativo, pois é o primeiro que, por sua estrutura, pode assumir as tarefas de intervenção na economia, de promoção do desenvolvimento, de manutenção dos serviços exigidos pela educação, a saúde, a previdência etc. Tal rol de atribuições supervaloriza o agora executivo-governo, centro de toda a atenção, a quem se confiam todas as esperanças³⁰⁰. Diante da necessidade de ampliar as prestações estatais, o executivo torna-se “o centro de impulsão política, o único capaz de pôr em marcha uma estratégia coerente”³⁰¹.

Na nova separação de poderes, são mantidos os elementos de sequenciamento de ações para cumprimento de autoridade estatal e a colaboração entre executivo e legislativo, mas reorganizados quanto ao encadeamento, ao mesmo tempo em que se disponibiliza mecanismos de controle e garante independência de recrutamento entre os órgãos. Aprofunda-se a colaboração na faculdade de estatuir, isto é, legislar. A faculdade de impedir, por sua vez, passa a ser o parâmetro principal da organização estatal, em reconhecimento de que a separação de funções é uma quimera e que o uso do termo é resquício de um tempo ultrapassado.

As instituições passam a ter funções híbridas e múltiplas em uma tentativa de responder ao aumento da complexidade social, convidando a refletir sobre a insuficiência da visão tradicional sobre a separação de poderes, sinalizando que é pouco prático e, até mesmo, indesejável, tentar determinar fronteiras intransponíveis entre eles³⁰².

A resolução do problema do aumento das tarefas do Estado traz a centralização em torno do órgão que parece mais coerente e aparelhado para executá-las. Tal deslocamento do eixo de gravidade gera consequências concretas para o equilíbrio e relação de funções entre os três poderes. A concepção original de tripartição de tarefas para evitar a tirania e fazer com que o poder seja capaz de parar o poder é consumida pela necessidade de dotar o

³⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e governabilidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 123, p. 219-227, 1994, p. 224.

³⁰¹ CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 109. Tradução nossa.

³⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez.2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>>. Acesso em: 5fev.2019, p. 188-189.

poder executivo de maior capacidade de realização: não se trata mais de pará-lo com o apoio de um arranjo institucional, mas de torná-lo eficiente com um novo arranjo.

A nova forma de atuação ganha um novo nome: (ii) governo, que encerra em si uma mistura de funções executivas e legislativas, eventualmente jurisdicionais na relação com o cidadão.

O termo poder executivo, hoje, já não reflete o papel do órgão, que não é meramente executivo ou administrativo, mas sim de definir a política de um país em todas as dimensões, ou seja, é um poder de deliberação política³⁰³. Conserva-se o nome de executivo mesmo no caso de intervenção na função legislativa³⁰⁴. A legislação, contudo, não é o simples resultado da faculdade de estatuir para que outros executem ou sancionem; legislar engloba um outro papel: governar; e o Estado é um empreendimento de governo³⁰⁵. Governo é poder³⁰⁶.

Governo pode ser entendido como o conjunto de órgãos políticos do Estado, parlamento incluso; ou um órgão governamental particular, i. e, executivo, em oposição ao parlamento; ou um elemento do executivo, o gabinete, em oposição ao chefe de Estado³⁰⁷. Governo significa duas coisas: o conjunto dos órgãos diretores do Estado e o órgão que se encontra ao lado do parlamento, no topo do Estado, frequentemente sob seu controle, termos por vezes usados um em oposição ao outro – governo X parlamento – e que desempenha papel ativo na direção dos negócios públicos para além de atribuições executivas³⁰⁸.

O governo é o conjunto de órgãos pelos quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, um conjunto ao qual incumbe o exercício das funções do poder político em seus desdobramentos. A função executiva passa a se distinguir em: função de

³⁰³ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 199.

³⁰⁴ PERI, Alexandra. *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*. Paris : LGDJ, 2008, p. 10.

³⁰⁵ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris : LGDJ, 1984, p. 163.

³⁰⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 62.

³⁰⁷ DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18ª ed. Paris: PUF, 1990, p. 152.

³⁰⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p. 768-769.

governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão; e função administrativa, com as atividades básicas de intervenção, fomento e serviço público³⁰⁹.

A tripartição dá lugar a novas formas. Sob a alcunha de tetrapartição de poderes pode-se inserir a função governamental, no sentido em que se separa a função ministerial ou governamental do executivo, que evoluirá ainda no sentido da pentapartição com a especialização cada vez maior da administração pública e da prestação de serviços à população³¹⁰. Qualquer que seja a classificação, evidencia-se o crescimento das atribuições do governo.

Em vez de se pensar ainda em atividades passíveis de serem recortadas em domínios distintos nos quais não fica claro como se relacionam, a atividade estatal contemporânea pode ser vista a partir de um elemento essencial: decidir. E a partir dele organizar as etapas envolvidas: a decisão e os atos que colocam em execução tal decisão.

No plano jurídico, essa constatação se traduz em: ou a autoridade estatal é colocada em prática de forma incondicional para introduzir pela primeira vez uma questão no ordenamento jurídico; ou ela aparece somente para desenvolver ou precisar uma regra anterior. A primeira forma de atividade corresponde à função governamental: nela a autoridade estatal se emprega livremente como autoridade inicial sem se vincular a nenhuma prescrição anterior. Engloba a ação diplomática, o regulamento das relações entre os poderes públicos e os atos realizados pelo governo como órgão político, o poder de fazer leis. Na segunda forma tem-se a função executiva, que se caracteriza pelo fato que qualquer que seja o objeto ao qual se refere, ela utiliza apenas uma autoridade derivada, secundária, condicionada pelo respeito devido à uma regra pré-existente³¹¹.

Novo critério pode ser aplicado para a compreender a organização político-estatal, tomando por base os estágios de decisão: decisão política fundamental, execução da decisão e controle político, que se substituem à tripartição clássica de funções. Nessa nova proposta

³⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 110.

³¹⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p.77; 93.

³¹¹ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 164.

de divisão, a decisão política fundamental significa o poder de determinar as políticas, i. e., são as decisões decisivas e determinantes para o presente e futuro da comunidade, como eleição e forma de governo. As constituições estabelecem decisões políticas fundamentais cuja formulação e realização é feita pelos detentores de poder legítimos: governo e parlamento. A decisão política se realiza, tecnicamente, pela legislação. Dessa forma, as decisões políticas internas requerem, sem exceção, a forma legal. A execução da decisão será, portanto, a execução da legislação, função cumprida pela burocracia estatal e pela função judicial³¹².

A perspectiva teórica, contudo, demora a absorver as mudanças operadas na realidade. Na metade final do século XX, continua-se falando em especialização de funções e separação de autoridades, embora vários teóricos³¹³ discorram sobre a limitação desse tipo de classificação, especialmente por não contemplar os elementos políticos que inevitavelmente se somarão ao arranjo jurídico para juntos darem o formato prático de cada sistema.

O princípio da separação de poderes é o padrão do estado constitucional, e se mantém firme enquanto princípio, embora um olhar atento da realidade seja suficiente para perceber que foi superado. Hoje nada mais é que o reconhecimento de que o Estado deve cumprir determinadas funções, o problema técnico da divisão do trabalho, e que a população se beneficia quando essas funções são realizadas por diferentes órgãos, o que dá o fundo ideológico da teoria³¹⁴.

O exame dos elementos constitucionais e extraconstitucionais nos diferentes sistemas, como visto no capítulo anterior, converge para o exercício de funções legislativas pelo órgão executivo, em graus variados de liberdade, e incremento da participação do parlamento como instância de revisão e controle da atividade governamental.

As condições reais de exercício do poder, a complexidade do processo de tomada de decisão com a participação de muitos atores – estatais e sociais –, a tecnicidade de certos

³¹² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 62-71.

³¹³ Dentre os quais se destacam BURDEAU, CAMBY, DUVERGER, LAUVAUX, LOEWENSTEIN, TROPER, HARIOU, DUHAMEL entre outros citados no item 1.1.

³¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 55.

temas, a escassez de tempo, as limitações jurídicas, financeiras, sociais, políticas, psicológicas, institucionais, não incitam os governantes à deliberação; para superar essas contradições, a democracia moderna inventou a partilha dos poderes, à qual se deve imaginar novas formas³¹⁵.

Deve-se revirar as categorias da escola clássica na distinção de funções e rejeitar a oposição entre legislação e governo, ver no poder de fazer a lei o privilégio inalienável dos governantes. Assim se reestabelece o acordo entre teoria e bom senso confirmado pela prática política que ensina que governar é, antes de tudo, legislar³¹⁶.

Mais do que isso, é uma nova divisão de tarefas entre os dois órgãos que se impõe, na qual deve ser incorporada a dimensão política na análise da tomada de decisão. Um pensamento fundando na oposição entre os órgãos legislativo e executivo não é mais pertinente, pois a tendência é a fusão entre os dois órgãos: o governo e sua maioria são órgãos de impulsão que trabalham juntos³¹⁷.

O núcleo dessa nova repartição reside no controle político, em moderar e limitar o poder político dos detentores de poder, cujo mecanismo mais eficaz tem sido a separação de funções estatais: governo, parlamento e eleitorado dividem controle político³¹⁸. O ápice do controle é a responsabilidade política, entre governo e parlamento, e entre estes e o eleitorado, dentro do quadro de regras estabelecidas constitucionalmente.

A produção de leis é atividade governamental por excelência e o órgão executivo tornou-se o artífice principal da obra legislativa, com o parlamento vendo crescer outras prerrogativas, inclusive para limitar e controlar as atividades legislativas do executivo³¹⁹. O

³¹⁵ DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris, Seuil, 2016, p. 85.

³¹⁶ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984. p. 164.

³¹⁷ MONTIS, Audrey de. La séparation des pouvoirs sous la V^e République : de la prééminence à la tempérance de l'organe exécutif. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris : Dalloz, 2018, p. 35-48; p.38.

³¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 68-72.

³¹⁹ DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45-47.

executivo exerce parte da função legislativa e o importante é que seja rigorosamente controlado, seja pelo legislativo, seja pelo judiciário³²⁰.

Chega-se, portanto, em uma nova organização de tarefas entre os órgãos detentores do poder político na qual a função governamental desponta como mecanismo de impulsão, partilhada entre executivo e parlamento.

Seja em sistemas de separação dita estrita de funções como no presidencialismo, como em sistemas de separação mais fluida como no parlamentarismo, o executivo-governo vai assumindo cada vez mais funções na iniciativa de leis e no controle do orçamento, culminando no exercício direto do poder de legislar.

2.1.2 *O esvaziamento de funções do parlamento*

O novo arranjo, para fortalecer o executivo-governo, necessariamente implica esvaziamento de algumas funções inerentes ao órgão incumbido principalmente do exercício do poder de legislar. O seu enfraquecimento reflete-se na (i) perda de poder de propor leis e aprová-las sem a concordância do governo: o parlamento não dispõe mais do que do direito de discutir, emendar ou recusar projetos do governo; (ii) perda de seu poder de estabelecer o orçamento governamental, tarefa cada dia mais técnica e autolimitada pela trajetória de gastos do governo; e (iii) pelas delegações legislativas que favorecem o executivo.

A primeira mudança no relacionamento entre executivo e legislativo é a forma como o legislativo lida com a elaboração de leis. Ele (i) perde a autonomia para propor a aprovar leis sem a concordância do governo.

A dominância do executivo nas matérias legislativas é a realidade da situação política da Inglaterra, França, Alemanha, Suíça, EUA³²¹. O executivo desempenha papel essencial, quando não dominante, na elaboração das leis em diversos países: na Alemanha, cerca de 70% das leis são de origem governamental; na Inglaterra, 95% em média dos projetos de lei

³²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 343.

³²¹ LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 259.

do executivo são adotados e 82% das leis sancionadas decorrem de iniciativas do governo³²². Até nos Estados Unidos, onde o presidente não possui prerrogativa de proposição normativa, o governo elabora projetos de leis por meio de parlamentares parceiros³²³.

Na França, ainda que a produção parlamentar tenha crescido, algumas das proposições são, na verdade, depositadas com o acordo dos ministérios e os assuntos mais marcantes da legislação não provêm das iniciativas parlamentares, salvo raríssimas exceções, algumas inclusive convertidas em propostas do governo³²⁴.

Na maior parte dos parlamentos do mundo, raramente a lei é de iniciativa parlamentar: sendo a forma jurídica de uma vontade política e a vontade legítima em um regime representativo sendo a da maioria, seria muito estranho, salvo em situações marginais, que a minoria propusesse a lei³²⁵. A maioria, evidentemente, é o gabinete liderado pelo primeiro-ministro ou a base de apoio do presidente.

Nos sistemas atuais, o poder legiferante do parlamento concentra-se na discussão das leis propostas pelo governo: o processo decisório no legislativo evoluiu na direção do emendamento. Na França, em 1969 foram menos de mil emendas para 88 leis adotadas. Vinte e cinco anos depois, esse número multiplicou-se por 10. Em apenas um ano, entre 2 de outubro de 1995 e 30 de setembro de 1996, a *Assemblée Nationale* registrou 11.732 emendas para 108 textos adotados. Em 2009, 19.010 emendas para 85 textos. Temas mais complexos turbinam as manifestações dos deputados. Na legislatura de 1 de outubro de 2002 a 30 de setembro de 2003, as 100 leis debatidas receberam 35.393 emendas. Dessas, 12.805 na lei de reforma do voto, debate interrompido pelo voto de confiança do governo. Na reforma das aposentadorias foram 11.135 emendas. Recorde ultrapassado em 2006 no projeto de lei sobre

³²² MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Politique comparée - les démocraties: Allemagne, États-Unis, France, Grand Bretagne, Italie*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 252.

³²³ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane, *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 198.

³²⁴ CAMBY, Jean Pierre. *Le travail parlementaire sous la V^e République*. 5ª ed. Paris: Montchrestien, 2011, p. 65.

³²⁵ COLLIARD, Jean-Claude. *La revalorisation des Parlements ? Actes du colloque du 19 mars 2010*. Société de Législation Comparée, Paris: 2010. Collection Colloques v.13, p. 17-25.

energia, 137.000 emendas. Paralelamente, o número de emendas adotadas também cresce: 1.206 em 1980, 2.285 em 1989, 4.460 em 2000, 2.742 em 2009³²⁶.

Durante trinta e cinco anos de dinâmica interna, o parlamento francês atua mais na modificação do texto do que na propositura original: o executivo consegue, com segurança constitucional, enquadrar o legislativo³²⁷.

Na Inglaterra, a iniciativa parlamentar das leis é bastante restrita: 13% do conjunto da legislação e somente pode prosperar se o gabinete não manifesta oposição³²⁸. É uma iniciativa delimitada, com várias etapas internas, tanto para o governo quanto para a oposição. Entre 2001 e 2013, o parlamento britânico adotou em média 34 leis por ano, cuja grande maioria provém de leis de iniciativa do governo. No mesmo período, cerca de 80% dos textos propostos não foram adotados, dos quais 107 em 118 foram de iniciativa parlamentar³²⁹.

No Brasil, o processo legislativo tende a ser dominado pela iniciativa presidencial, seja para os projetos orçamentários, nos quais detém a exclusividade, seja por meio das medidas provisórias que equivalem ao envio médio de quatro projetos por mês. Entretanto, tem-se verificado aumento da produção legislativa originária do parlamento, não pela redução do volume de iniciativa do executivo, mas sim pelo aumento da quantidade de leis deliberadas e aprovadas de origem parlamentar. As explicações para esse fenômeno podem ser várias, como o poder terminativo de decisão das comissões, que acelera o processo legislativo ao evitar a passagem pela pauta congestionada do plenário, ou a próprio fenômeno da liberação da pauta do plenário para determinadas votações, ainda que persista o trancamento de pauta provocado pelas medidas provisórias.

A quantidade de leis de origem parlamentar subiu para 80,9% no período de 2007 a 2014, enquanto a quantidade de MPs permaneceu estável em 50%, com queda de projetos

³²⁶ CAMBY, Jean Pierre. *Le travail parlementaire sous la V^e République*. 5^a ed. Paris: Montchrestien, 2011, p. 12-13.

³²⁷ VALLETE, Jean-Paul. *La dynamique du pouvoir exécutif sous la V^e République*. 1993. Tese (Doutorado em Direito Público) – Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1993, p. 136.

³²⁸ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4^a ed. Paris: PUF, 2015, p. 550.

³²⁹ BOYRON, Sophie. Royaume-Uni: initiative de la Loi In DEROSIER, Jean-Philippe (org). *Les cahiers du ForInCIP*, 3^o Forum International sur la Constitution et les Institutions Politiques, Lille, 14, 15 e 16 de setembro de 2017. Paris: LexisNexis, 2018, p. 279-295, p. 280; 286.

de lei aprovados em urgência e aumento dos projetos aprovados conclusivamente em comissão³³⁰. Porém, a maioria das normas aprovadas de iniciativa parlamentar possuem pouco impacto nas políticas públicas.

Entre 2007 e 2012, foram 1.339 leis ordinárias promulgadas, média de pouco mais de 233 por ano. Nesse grupo estão os projetos de conversão de medida provisórias, os projetos de lei em geral, e os projetos de lei do Congresso Nacional que são normas orçamentárias. Do conjunto, 68% são normas administrativas ou de efeitos concretos, que tratam do funcionamento da máquina pública ou fazem homenagens e estabelecem denominações. Apenas 17,8% são leis finalístico-instrumentais, isto é, relativas a políticas públicas e ao estabelecimento de marcos regulatórios³³¹.

É nesse grupo reduzido que parlamento e executivo debatem e estabelecem legalmente as questões importantes para o governo. Diante desses números, a medida provisória destaca-se ainda mais como projeto de *sui generis* e catalizador de emendas, uma vez que, excetuando-se as de crédito orçamentário, todas as demais podem ser entendidas como marcos importantes, pressupondo-se sua relevância e urgência.

A queda da autonomia do parlamento em fazer leis combina dois elementos que favorecem o governo: a incapacidade inerente ao processo decisório coletivo e a incapacidade de lidar com a complexidade dos temas. A maior organização e fragmentação dos atores sociais traz consigo demandas por mais normas. Ao reverberar no parlamento, as demandas alimentam a expansão das atividades do Estado com atribuição de mais tarefas ao executivo. Essas normas refletem múltiplos temas e são cada vez mais específicas, com grau de tecnicidade que dificulta a sua produção exclusiva pelos deputados.

O parlamento se enfraquece enquanto órgão legiferante e perde espaço para o executivo porque o governo parece mais coeso no processo decisório e capaz de propor normativos de impacto real, apoiado na legitimidade de controle de agenda que adquire por meio da eleição. Além disso, o aumento da produção normativa e sua tecnicidade chamam a

³³⁰ ALMEIDA, Acir. Processo legislativo: mudanças recentes e desafios. Notas de Pesquisa IPEA. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 7, jan/jun. 2015, p. 46-7.

³³¹ PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 158; 168.

participação do executivo, que detém mais informações sobre a operacionalização daquilo sobre o qual se deseja legislar.

Por trás do debate em torno do esvaziamento do parlamento, está a questão sobre a quem cabe a legitimidade para a feitura da lei: a perda de substância da lei, por perda de influência do parlamento, beneficia outros atores na sua confecção, administrativos e jurisdicionais, segundo uma lógica de vasos comunicantes na qual o legislador é um ator entre outros, um escriba³³². Nesse caso, o problema de esvaziamento legiferante do parlamento decorre da transformação da matéria sobre a qual o trabalho é realizado, constituindo mais uma crise da lei do que da instituição³³³.

A realidade é que os sistemas de governo legitimam e estimulam, constitucionalmente ou extraconstitucionalmente, a participação do governo no processo legislativo. Os números apresentados acima são apenas o reflexo de conjunto de mecanismos que permitem a partilha da função de legislar entre os dois órgãos.

O segundo ponto de enfraquecimento do legislativo é a (ii) perda de seu poder de estabelecer o orçamento governamental, que pode se dar tanto na definição do tipo de despesa que será realizada quanto na liberação da execução orçamentária. O mais comum é que o governo controle a definição orçamentária e cerceie o espaço de participação do Congresso. No entanto, o legislativo pode guardar poder de veto sobre o orçamento ou, mais precisamente, a faculdade de impedir a sua aprovação e, portanto, bloquear a livre ação do executivo.

Nos Estados Unidos, o executivo guarda a faculdade de especificação das despesas, o que lhe garante a iniciativa que pautará o debate. Por outro lado, o legislativo mantém o executivo sob controle pela tática de bloqueio da votação do orçamento, caso extremo de conflito entre os dois órgãos e que acarreta a parada total do funcionamento do governo. É a faculdade de impedir usada especialmente em tempos de controle dividido entre os partidos

³³² DRAGO, Guillaume. La confection de la loi sous la V^e République: pouvoir législatif ou fonction partagé ? *Droits - Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, n. 43, 2006, p. 65.

³³³ CAMBY, Jean Pierre. *Le travail parlementaire sous la V^e République*. 5^a ed. Paris: Montchrestien, 2011, p. 12.

no comando da presidência e do Congresso e que fortalece o parlamento como em nenhuma outra grande democracia.

Ao votar o orçamento, ou se recusando a votá-lo, o Congresso pode paralisar a política do presidente, quando por exemplo durante a Guerra do Vietnã, forçando o presidente Nixon a negociar para obter os créditos necessários para o seguimento das operações militares. Em 1995, tendo o presidente Clinton vetado algumas proposições legislativas de um Congresso majoritariamente republicano, em seguida viu o governo paralisado e teve que enviar funcionários para casa até que um compromisso político fosse encontrado. O mesmo ocorreu com a paralização do governo em 2013 durante a presidência de Obama, com o Congresso rejeitando a reforma da proteção social desejada pelo presidente³³⁴. O presidente Trump, entre dezembro de 2018 e o início de 2019, vivenciou o mais longo bloqueio orçamentário da história dos Estados Unidos até o momento.

As tentativas do presidente em retomar parte do controle sobre o orçamento foram minadas pelo Congresso e pela Suprema Corte. Tratava-se de implementar o veto parcial, que permitiria sair do impasse da aprovação e bloquear apenas parte das demandas consignadas no orçamento.

Em 1974, o Congresso proibiu a prática do veto seletivo sobre certas despesas, recuperada em 1996 com o veto por linha, que poderia ser revertido por votação de dois terços dos parlamentares. Mas em 1998, a Suprema Corte coibiu definitivamente tal prática, restando ao presidente solicitar ao Congresso a anulação de despesas e aguardar a resposta³³⁵.

No Brasil, o executivo detém a iniciativa da proposição orçamentária, cabendo ao Congresso a realização de ajustes pontuais na lei, sem a possibilidade de alteração do montante total, apenas anulação de despesa e sua substituição por outra (CF, arts. 165 e 166). Além disso, as propostas precisam estar previstas no Plano Plurianual, aprovado no segundo ano do mandato presidencial e válido por quatro anos. Tal prerrogativa dá bastante controle

³³⁴ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 112.

³³⁵ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32ª ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 345.

sobre o orçamento federal e se desdobrará em limitação sobre os projetos de lei que venham a ser aprovados. Dado o conhecimento que o governo detém sobre a execução orçamentária e as previsões de receita, ele está mais bem equipado para propor qualquer projeto que tenha impacto orçamentário. E assim o fará quando for necessário remanejar recursos.

Existe um fluxo de limitações sucessivas às emendas nas leis orçamentárias: se for emenda ao Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA), tem que ser compatível com o Plano Plurianual (PPA) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); tem que indicar de onde vem o recurso, que só pode vir de anulação de despesa, exceto despesa de pessoal e encargos e serviços da dívidas, ou transferências constitucionais para os entes federados; ou a emenda serve para corrigir erros e omissões relacionadas a dispositivos do texto. Se for uma emenda à LDO, tem que ser compatível com o PPA. Se emendar o PPA, não é possível promover aumento de despesa em projeto de iniciativa exclusiva do presidente da República³³⁶.

A prática era a aprovação da emenda na peça orçamentária anual e a manutenção da discricionariedade do governo na sua execução, o que é a regra para todas as despesas que escapam ao caráter de obrigatória. O controle muda em favor do parlamento em 2015, com a aprovação de emenda constitucional (EC 86) que dá às emendas parlamentares caráter de obrigatoriedade de execução. Trata-se de tentativa de recuperar o controle desse tipo de despesa que, no entanto, representa pequeno percentual com relação ao total.

Assim como nos EUA, o Congresso brasileiro guarda o poder de bloqueio orçamentário, porém em caráter muito mais brando. Caso não se aprove o orçamento do ano seguinte até o fim da sessão legislativa do ano corrente, que o discute, o governo pode executar grande parte das despesas previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, evitando a paralisia completa da administração federal, por conta da liberação de percentual obrigatório (1/12). Há, também, rol de despesas que são imunes ao bloqueio e podem ser executadas provisoriamente na integralidade, se isso estiver previsto em lei.

Assim, os poderes de bloqueio orçamentário no Brasil não são suficientes para ameaçar efetivamente o executivo. O controle do conjunto das peças orçamentárias – Plano

³³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 759.

Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual – favorece o governo, esvaziando o parlamento em sua capacidade de atuação nessa temática. O executivo pode ser constrangido apenas pela própria norma constitucional, não pela atuação parlamentar.

O cerceamento da capacidade de o parlamento influir na composição do orçamento e redirecionar políticas também é a realidade na França. Os contornos são dados pela constituição e por duas leis basilares: a lei de finanças e a lei de financiamento da seguridade social, peças distintas e com ritos próprios. O procedimento de votação das leis orçamentárias e financeiras é definido por lei orgânica, espécie de lei complementar à constituição, que no caso francês foi uma *ordonnance* até a aprovação da lei em 2001 – *Ordonnance organique* nº 59-2 de 2 de janeiro de 1959, substituída pela Lei orgânica 2001-692 de 1º de agosto de 2001. Os prazos estabelecidos são rígidos e a não conclusão da votação no parlamento autoriza o governo a baixar uma *ordonnance* para viabilizar o orçamento (art. 47 da CFr). A falta de cooperação do legislativo resolve-se, portanto, pelo poder extraordinário de decreto concedido constitucionalmente ao executivo.

A não votação do orçamento a termo pode ou não prejudicar o governo. Se o motivo é o alongamento da discussão pelo parlamento, a constituição permite a emissão da *ordonnance*, significando inexistência de emendas parlamentares. Se, ao contrário, o governo não depositou o projeto a tempo, terá que executar o orçamento do ano anterior até que se ultime a votação³³⁷. No total, o prazo de análise e discussão é de sessenta e dois dias para as duas casas, Assembleia e Senado, que, embora curto, vem sendo respeitado, não se registrando nenhuma *ordonnance* emitida, ainda que a solicitação de manifestação prévia do Conselho Constitucional seja recurso recorrentemente manejado pelos parlamentares³³⁸.

Na lei de financiamento da seguridade social, todo o procedimento deve durar cinquenta dias, incluindo a *navette* entre as duas casas e eventual composição de comissão mista paritária para construção de texto único³³⁹. Igualmente, a falha em aprová-la em tempo pode engendrar a emissão de uma *ordonnance* (art. 47-1).

³³⁷ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 239.

³³⁸ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 372.

³³⁹ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 239.

O orçamento possui uma grande massa que os deputados não podem alterar, o que é realidade na maioria das constituições³⁴⁰.

Quanto às emendas nos projetos de lei, elas podem ser desconsideradas se implicarem diminuição dos recursos públicos ou aumento de despesas (art. 40). Não somente emendas podem ser bloqueadas, mas também qualquer proposição que opere no mesmo sentido; a única exceção se dará se a proposta original do governo dispunha justamente sobre diminuição de recursos ou aumento de encargos, aceitando-se emendas que operem no mesmo sentido e que não sejam mais custosas que aquelas propostas pelo próprio governo³⁴¹.

O parlamento francês é, ainda, constrangido pelas diretrizes da União Europeia. Com a adesão ao Tratado sobre a Estabilidade, a Coordenação e a Governança Econômica e Financeira em 2012 e a consequente amarração de suas regras em uma lei orgânica, de nº 2012-1403 de 17 de dezembro de 2012, o déficit global do conjunto da administração pública foi limitado em 3% até 2015, com o compromisso de atingimento do equilíbrio nos anos seguintes. Assim, o normativo europeu constrange não somente o parlamento, mas também o próprio governo na sua capacidade de aumentar despesas³⁴².

Portanto, no que se refere ao controle orçamentário, apenas o Congresso norte-americano tem condições de fazer face ao executivo por meio da capacidade de impedir a execução orçamentária. Tal capacidade transforma-se em uma arma política em momentos de desalinhamento entre governo e parlamento. Nos demais exemplos, o governo brasileiro preserva boa margem de gestão orçamentária ainda que a votação da lei não seja terminada a tempo, e apenas a França sofre com restrições cada vez maiores para as despesas públicas, estando submetida, inclusive, a um limite europeu comparável, de certa forma, à emenda constitucional que estabeleceu o teto dos gastos públicos brasileiros.

O terceiro ponto de enfraquecimento do legislativo são as (iii) delegações legislativas que favorecem o executivo e minam o exercício direto da função legislativa pelos

³⁴⁰ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane, *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 174.

³⁴¹ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 210.

³⁴² HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 761-762.

parlamentares, que serão tratadas adiante no item 2.3. Contudo, as variadas delegações vêm ao lado do controle.

Ao legislador a decisão, ao governo a execução; a primeira condiciona a segunda. Esse é o fundamento dos modelos clássicos de separação de poderes. À medida que cresce a intervenção do Estado, essa visão revela-se impraticável e inadequada. Executivo e legislativo trabalham cada vez mais juntos.

A ascensão do executivo-governo como órgão central nas tarefas do Estado contemporâneo, fruto dos desafios e complexidades crescentes, implica esvaziamento de parte das tarefas do parlamento. O executivo passa a comandar a definição sobre a destinação dos recursos e a aprovação de leis. Definir gasto é importante politicamente, mas não abala diretamente a tarefa principal do parlamento, isto é, a função de legislar. Esta será alterada com a consagração ao governo de prerrogativas no processo legislativo.

É forçoso reconhecer a mudança no equilíbrio entre os três poderes de Montesquieu. O parlamento, à exceção do inglês, perdeu em quase todos os lugares a centralidade que lhe atribuíam as doutrinas modernas de soberania e democracia representativa, em proveito do poder de orientação política adquirido pelo executivo e, dentro do executivo, por um líder cada vez mais midiático. A tarefa do parlamento, atualmente, é menos a de fazer leis, função para a qual ele se revela cada vez mais inadequado, e mais de assegurar o controle democrático sobre as decisões dos governos nacionais e, no contexto da Europa, das autoridades da União³⁴³.

Em todos os sistemas, o caminho natural é a partilha da função legislativa. Esta deve ser feita com a organização do poder político com a garantia de limitantes. Governo eficaz é aquele que possui apoio parlamentar para avançar nos projetos pelos quais foi eleito. A questão repousa sobre o quanto as estruturas constitucionais são suficientes para estimular tal apoio e, ao mesmo tempo, garantir o controle necessário sobre a ação governamental, limitando-a e lapidando-a quando necessário.

³⁴³ BARBERIS, Mauro. Le futur passé de la séparation des pouvoirs, *Pouvoirs*, v. 4, n. 143, p. 5-15, 2012, p. 13.

2.2 A transferência do poder de legislar na iniciativa e trâmite de proposições

Transferir poder de legislar significa conceder ao executivo-governo participação em todos os estágios do processo legislativo. A participação implica a concorrência e cooperação dos dois órgãos, executivo e legislativo, na produção normativa em suas diferentes etapas.

A função legislativa envolve os estágios de iniciativa da lei, trâmite da proposta, e veto. Na iniciativa da lei, trata-se de definir quem pode propor normas a serem apreciadas pelo parlamento. Durante o trâmite, trata-se de definir regras sobre a ordem e o ritmo de apreciação de projetos, proposição de emendas ou controle do debate no Congresso.

Criam-se normas e recursos procedimentais que permitem mais participação do governo no processo legislativo, assumindo papel na coordenação da pauta legislativa. São instrumentos variados que suavizam as fronteiras entre os poderes, aproximam os sistemas presidencialistas e parlamentaristas, e aprofundam a partilha da função de legislar.

O executivo-governo assume papel de destaque na (2.2.1) iniciativa de proposição legislativa e passa a (2.2.2) comandar várias etapas do trâmite legislativo nas assembleias.

2.2.1 O poder do executivo-governo na iniciativa de leis

Para participar da função de legislar, a primeira coisa de que o executivo precisa é de autorização para propor as leis, elemento inicial do processo legislativo e necessário para executar o plano de governo.

Na fase de proposição normativa, o modelo clássico de separação de poderes dentro do presidencialismo prevê que apenas os integrantes da Câmara ou do Senado podem sugerir a criação de leis. Nos arranjos mais atuais, a iniciativa da lei cabe tanto aos integrantes do parlamento quanto ao presidente da República. Em alguns casos, reserva-se domínio exclusivo de iniciativa do presidente, com base na especialização do executivo em torno da temática. É a forma mais comum de participação.

A iniciativa é a forma de provocar a atividade de legislar e representa a manifestação de poder de liderar a agenda parlamentar³⁴⁴. É elemento importante como indutor da coalização governamental que culminará na criação de novas leis³⁴⁵.

A capacidade direta do executivo propor leis pode ser geral, em qualquer matéria, ou restrita a algumas temáticas. Se restrita, pode ser ainda: a) compartilhada com o parlamento, isto é, ambos concorrem para propor nos mesmos temas; ou b) exclusiva, isto é, apenas o presidente pode propor leis naquele assunto, o que torna essa capacidade, na verdade, irrestrita, porque não concorrente.

Os exemplos das prerrogativas do executivo no Brasil, Inglaterra e França ilustram como, em diferentes arranjos, o governo passa a contar com domínio privilegiado de proposição normativa em relação à capacidade do próprio parlamento.

No Brasil, o executivo, isto é, o presidente da República, possui amplas prerrogativas, algumas equivalentes às dos parlamentares, outras maiores. Ele possui exclusividade para propor lei que tratem: i) dos quantitativos, remuneração, estatuto jurídico e aposentadoria de servidores militares e civis; ii) da organização administrativa e judiciária; iii) de tributos; iv) de orçamento; v) de serviços públicos; vi) da organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União (CF, art. 61, § 1º).

Também concorre com os parlamentares em todos os temas de iniciativa privativa da União, isto é, do governo federal, e na proposição de emendas constitucionais. Enquanto que, neste caso, os parlamentares precisam de um terço dos membros de qualquer uma das casas para apresentar a proposta, o presidente sofre a limitação política. Espera-se que qualquer proposta sua de emenda seja parte de um projeto maior de governo e que, uma vez apresentada, tenha plenas condições de se efetivar, sob pena de abalo na confiança do próprio.

³⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 94.

³⁴⁵ SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 161.

A medida provisória é capacidade de decreto com força de lei e eficácia imediata. Uma vez editada, passa a tramitar como um projeto de lei de iniciativa do presidente, com rito específico, é claro, mas que permite inseri-la no rol de instrumentos para iniciar o processo legislativo. É um projeto de lei *sui generis*, como será explorado com mais propriedade no capítulo 3.

Na Inglaterra, a proposição legislativa é concentrada no governo: tendo em vista que os ministros, membros do gabinete, acumulam o mandato parlamentar, são eles que propõem grande parte das leis.

O governo possui naturalmente a iniciativa legislativa, compartilhada com os demais deputados que não são integrantes do gabinete, e com os Lordes. Os deputados, contudo, sofrem com a dificuldade de inserir a proposta na discussão: o depósito de projetos ocorre apenas uma vez durante a legislatura e somente em treze sessões tais proposições poderão ser debatidas antes das propostas do governo em uma espécie de sorteio (*ballot bills*). As propostas dos Lordes são igualmente concentradas em um único momento, são lidas, mas a discussão só ocorrerá conforme agendamento realizado pelo *Government's Whips Office*, que gerencia a pauta legislativa do governo. Organizações também podem propor leis, chamadas *private bills*, que são de alcance circunscrito a elas mesmas e, por isso, possuem menos relevância: não há registro de aprovação desse tipo de lei desde 1997³⁴⁶.

O processo legislativo é organizado para que a iniciativa e, conseqüentemente, a conversão de propostas, priorize aquelas gestadas pelo próprio governo. Deputados também podem usar o tempo de palavra de dez minutos para propor leis, processo menos efetivo do que o aplicado àquelas propostas reunidas no sorteio.

Do lado do governo, antes de poder ser apresentado à ordem do dia, o projeto de lei precisa ser inscrito no programa legislativo do governo para a próxima sessão legislativa. Não mais do que cerca de trinta projetos terão vez. Essa fase de elaboração é a fase de

³⁴⁶ Vide <<https://www.parliament.uk/about/how/laws/>>.

concertação, para que uma vez introduzido o projeto passe rápido e não atrapalhe o resto do cronograma legislativo do governo³⁴⁷.

De 1997 a 2017, foram 661 propostas do governo contra 2.301 de membros do parlamento, totalizando 2.962. Dessas, 708 tornaram-se lei. São 591 propostas do governo e 117 de origem parlamentar. Proporcionalmente, 89% das iniciativas do governo foram convertidas e apenas 4% das do parlamento³⁴⁸.

As propostas não aprovadas no fim da sessão legislativa ficam perdidas, a menos que recuperadas na sessão seguinte, o que significa esforço adicional para um parlamentar não integrante do governo fazer passar sua proposta no período de um ano, por isso o baixíssimo índice de conversão.

Na França, a iniciativa das leis pertence tanto ao primeiro-ministro quanto ao parlamento (CFr, art. 39). O governo pode escolher em qual casa depositará o projeto: Assembleia nacional ou Senado. Exceto para os projetos de lei de orçamento e financiamento da seguridade social, cuja análise inicial começa pelos deputados, e os projetos de lei de organização das coletividades territoriais, cuja manifestação inicial é reservada aos senadores.

Os projetos são elaborados pelo governo, deliberados em Conselho de Ministros e depois apresentados. A discussão só pode ter início seis semanas após a submissão do projeto (CFr, art. 42, al.3), prazo que pode ser eliminado com a solicitação de procedimento acelerado.

As iniciativas dos parlamentares são denominadas proposições de lei e podem ser cerceadas desde a origem por conta da possibilidade de descarte automático (*irrecevabilité*) de proposições que acarretem despesas (CFr, art. 40).

A distinção entre projetos do governo e do parlamento é muito mais formal do que substancial. Não é possível ao governo descartar as opiniões parlamentares no momento de preparar projetos: frequentemente, projetos governamentais nascem da conjunção e da

³⁴⁷ BOYRON, Sophie. Royaume-Uni: initiative de la loi. In DEROSIER, Jean-Philippe (org). *Les cahiers du ForInCIP*, 3º Forum International sur la Constitution et les Institutions Politiques, Lille, 14, 15 e 16 setembro de 2017. Paris: LexisNexis, 2018, p. 279-295, p. 281; 285.

³⁴⁸ Fonte: <<https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02283>>. Acesso em 14nov.2018.

síntese de proposições de lei já depositadas, caso da legalização do aborto na França, sem mencionar as emendas que podem modificar profundamente os projetos ou condená-los³⁴⁹.

Ainda que, como em todas as grandes democracias contemporâneas, a proporção de projetos de iniciativa do governo que viram lei seja maior, em torno de 80%, do que aqueles de iniciativa parlamentar, a participação desses últimos tem crescido nos últimos vinte anos, graças à adoção de regras de reserva de tempo de sessão. À despeito desse avanço, o conteúdo das leis de origem parlamentar tende a ser mais circunscrito que aquelas propostas pelo governo e, muitas vezes, camufla o que é na realidade um projeto do governo³⁵⁰.

Na prática, toda lei resulta da ação desses dois poderes: primeiro do governo, que a elabora, em seguida do parlamento, que a adota. Salvo exceções, é o governo quem prepara as leis, sejam as suas, sejam as dos parlamentares³⁵¹.

A iniciativa parlamentar também pode servir para evidenciar aspectos negativos da política do governo. Nessa situação, a minoria apresenta projetos em temas sensíveis para o governo, forçando-o a abordar temas impopulares. A proposição deixa de ser somente fruto do trabalho parlamentar e se transforma também em mecanismo de controle da agenda do governo³⁵². As chances de aprovação são baixas, porém essas proposições servem para marcar posição e se diferenciar do governo.

O fato é que, nos diversos sistemas, o exercício da competência legislativa sofre restrições de iniciativa: o parlamento, sempre competente para votar a lei, nem sempre pode propô-la, sobretudo em matéria financeira³⁵³.

No parlamentarismo, ambos órgãos têm acesso à função legislativa: o parlamento participa às vezes propondo a lei, sempre a discutindo e votando; o governo participa

³⁴⁹ MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Politique comparée - les démocraties: Allemagne, États-Unis, France, Grand Bretagne, Italie*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 289-290.

³⁵⁰ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 102: Parlement*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

³⁵¹ DUHAMEL, Olivier. TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris: Seuil, 2016, p. 774.

³⁵² HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 735.

³⁵³ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 184.

propondo a lei, tomando parte da discussão, promulgando-a e, por vezes, sancionando-a. E ainda participa formulando regras gerais, sob controle do parlamento. E do governo o parlamento participa, entre outras coisas, aprovando o orçamento e autorizando empréstimos³⁵⁴.

Com as atuais prerrogativas formais e informais de alguns sistemas presidencialistas, o resultado é similar.

Se, por um lado, a essência do presidencialismo é realizar de forma completa o modelo de tripartição dos poderes, na medida em que isola o executivo de controle direto do legislativo; de outro lado, o modelo parlamentarista, baseia-se na atuação conjunta de executivo e legislativo, quando este último indica o chefe do primeiro. Porém, no Brasil, a fórmula de iniciativa privativa de algumas matérias de lei, em favor do presidente, subverte o modelo, junto com as medidas provisórias, mesmo depois da revisão constitucional³⁵⁵.

A iniciativa das leis, desde sua proposição até a sua conversão, é um processo coordenado pelo governo. Nos modelos parlamentaristas, a ação é facilitada pelas regras. Nos sistemas presidencialistas, sua influência na produção legislativa em faz com que, na prática, o sistema opere quase como o parlamentarismo, com o governo propondo e aprovando a maioria das leis. Enquanto o presidente brasileiro detém prerrogativas formais de proposição, o americano o faz informalmente, como já visto, o que dificulta a mensuração de sua influência. Para os dois, a diferença, ou desvantagem institucional, é que o sistema partidário vai ser ainda mais decisivo para o governo na próxima etapa do processo: a análise e aprovação pelo Congresso.

2.2.2 *O poder do executivo-governo no trâmite legislativo*

Uma vez apresentada a proposta, inicia-se a fase do trâmite legislativo no parlamento. A participação do governo nesta etapa pode envolver: (i) participação na discussão, revisão e emendamento dos textos, independentemente de quem teve a iniciativa de proposição; e (ii) interferência no ritmo dos debates, isto é, na fixação da agenda de discussões parlamentares

³⁵⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p. 809.

³⁵⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O presidencialismo brasileiro: síntese histórica e conceitual. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 2, n. 12, p. 13739-13788, 2013, p. 13779.

concedendo ao executivo a possibilidade de solicitar prazos mais rápidos de análise ou de controlar a ordem do dia das assembleias. Essa participação é importante para manter a influência sobre o texto que está sendo trabalhado e evitar que se afaste muito da proposta original apresentada pelo governo.

O estágio do debate parlamentar, isto é, (i) discussão, revisão e proposição de emendas, sobrepõe-se à etapa de iniciativa da proposição, visto que envolve não só o trâmite legislativo, mas também a revisão da proposta inicial. Em sistemas bicamerais como o brasileiro, significa discussão na primeira casa, nas respectivas comissões afetas à matéria; em seguida, no plenário, a menos que o tema seja conclusivo nas comissões, o que raramente é o caso para a maioria dos projetos de interesse do governo; aprovação e envio à outra casa, onde também percorrerá comissões e plenário antes da aprovação.

Se emendada na casa revisora – o Senado ou a Câmara, conforme o local onde tenha sido proposto –, a proposta retorna à casa de origem para votação final, que pode aprovar ou rejeitar as emendas da outra casa. A cada ponto o texto inicial pode ser emendado, alterado, discutido, re-redigido, exceto, em regra, nas comissões que analisam somente juridicidade e constitucionalidade. Uma das casas tem poder de revisão sobre o texto, isto é, proposição de emendas ou texto substitutivo, sendo a aprovação definitiva na casa em que se iniciou o trâmite.

A proposta inicial, portanto, funciona como gatilho do debate. Cabe aos interessados em mantê-la em curso zelar pelo seu andamento processual. Na maioria das vezes, significa trabalhar ajustes que resguardecem o sentido original e, ao mesmo tempo, realizar adaptações como resposta às discussões. O sucesso da iniciativa do governo passa a depender da cooperação próxima com o legislativo.

Prerrogativas constitucionais e arranjos informais se combinam para permitir a participação do governo na defesa do texto, emendamento e discussão da nova redação dos projetos de lei por ele propostos. As regras de discussão e votação podem reforçar o aspecto da cooperação e partilha do poder de legislar entre executivo e legislativo, permitindo a participação, ainda que indireta do primeiro nos Estados Unidos, Inglaterra, França e Brasil.

Nos Estados Unidos, a ausência formal de iniciativa legislativa, superada pela influência prática na elaboração da pauta legislativa, combina-se com a regra de aprovação de um único texto pela Câmara e pelo Senado. Isso significa que um texto aprovado pelos deputados, se sofrer alteração no Senado, deverá ser analisado por um comitê misto de deputados e senadores encarregados de elaborar o texto consensual.

Na designação do comitê misto, o governo encontra o espaço necessário para acompanhar as propostas por meio dos deputados e senadores do mesmo partido. A articulação política ganha peso. Nesse arranjo, a prevalência do partido do presidente em uma das casas desempenha papel menor, uma vez que dispor de maioria em apenas uma delas é insuficiente para avançar no processo legislativo.

Ainda que o presidente seja chamado de legislador em chefe, o trâmite interno do Congresso norte-americano é impermeável à ação presidencial, especialmente em relação à inscrição na ordem do dia, manobras dilatórias ou de obstrução simples, temperado por ausência de disciplina majoritária³⁵⁶. Formalmente, o presidente não possui poderes de interferência no trâmite legislativo devido ao princípio da separação de poderes e, informalmente, sua influência é variável, sujeita à articulação com seu próprio partido e, por vezes, com o partido de oposição se a este couber a presidência da casa.

No bicameralismo parlamentarista inglês, onde o governo é, pela própria configuração do sistema, integrante do parlamento, o debate legislativo é partilhado naturalmente. Os ministros formam o núcleo estável da maioria parlamentar que assegura a defesa da política decidida pelo gabinete junto ao parlamento. Todo o debate é bastante controlado pelo governo, com restrição procedimental de emendas, e ocorre em ritmo razoavelmente acelerado, dado que os projetos apresentados e não votados até o final do ano legislativo são, geralmente, descartados.

³⁵⁶ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32ª ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 370.

Além disso, o ministro pode ser assistido por secretários parlamentares, que são deputados assistentes do ministro e fazem a ponte com a maioria parlamentar³⁵⁷. Ainda, o controle do governo sobre o texto é muito amplo, e raramente é dada aos membros do partido majoritário liberdade de voto, cabendo aos ministros, no verdadeiro sentido da responsabilidade ministerial, defender a política diante do parlamento³⁵⁸.

A Câmara dos Lordes atua como ponto de controle do processo legislativo, dada a forma distinta, não eleitoral, pela qual é composta, mediante indicação para mandato vitalício. Nesse caso, o processo de elaboração normativa exige a concordância das duas casas em torno do texto, e essa concordância deve se dar por idas e vindas de emendas entre deputados e senadores (*ping-pong*), sem limite formal para o término do processo nem prevalência da casa iniciadora na redação final, ao contrário do Brasil. Também não há a obrigação da composição de um comitê misto de deputados e senadores para a elaboração de texto consensual, ao contrário dos Estados Unidos e, em grande medida, a França.

A discussão de cada proposta legislativa ocorre em três tempos: na primeira leitura, é mera apresentação, na segunda, debate mais aprofundado, e na terceira, pode-se trabalhar as emendas. Pelo procedimento da guilhotina, o *speaker*, presidente da casa, pode limitar o tempo de discussão. Pelo procedimento do canguru, ele pode escolher emendas que possam, à sua vista, fazer avançar o debate e assim eliminar as demais que sejam consideradas inúteis³⁵⁹. A guilhotina permite descartar facilmente emendas, independentemente de seu conteúdo, de forma a permitir a votação do texto no intervalo de tempo desejado pelo governo³⁶⁰. A obstrução da minoria tem poucas chances de prosperar.

Na França, mesclam-se elementos ingleses e norte-americanos no trâmite legislativo. O primeiro-ministro realiza função de coordenação política, podendo interferir a qualquer tempo nos debates parlamentares e depositar projetos de lei³⁶¹. Ele pode convocar sessões

³⁵⁷ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 544-545.

³⁵⁸ GROVE, J. W. Reino Unido. In DJORDJEVIC, Jovan *et al.* *O papel do Executivo no Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959, p. 34; 41-42.

³⁵⁹ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 266.

³⁶⁰ HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 743.

³⁶¹ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane, *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 368-373.

extraordinárias para debater um projeto específico (CFr, art. 29). Os membros do governo têm livre acesso às casas e podem usar da palavra quando desejarem (art. 31), embora não sejam membros do parlamento. O governo pode sempre se opor a uma emenda que não tenha sido tratada em comissão (art. 44, al. 2) e pode bloquear a discussão de alguns artigos do texto ao solicitar manifestação sobre o conjunto da proposta e priorização de suas próprias emendas (art. 44, al. 3). O uso de tais prerrogativas vai depender da dinâmica de relacionamento com o parlamento.

O bicameralismo francês também opera na lógica de concordância de textos entre as duas casas, como nos Estados Unidos, mas o impasse pode ser resolvido pela Assembleia, que detém a palavra final. O trâmite regular na maioria das casas legislativas implica a análise de uma comissão, que poderá emendar o texto apresentado e recomendar uma nova versão para aprovação. Em geral, é a discussão na comissão que demanda grande trabalho de articulação.

A verdadeira discussão, séria e invisível aos olhos da mídia se faz na comissão: é lá que os parlamentares refletem e preparam emendas³⁶². Dada a importância, o governo se faz presente para controlar as emendas³⁶³. A leitura combinada dos artigos 31, 40, 41, 42 e 44 impossibilita qualquer restrição do direito de acesso do governo aos trabalhos nas comissões parlamentares, cujo detalhe deve ser disciplinado dos regimentos internos das casas³⁶⁴.

O diálogo entre a Assembleia Nacional e o Senado pode significar múltiplas idas e vindas (*navette*), assim como na Inglaterra. Para forçar o acordo, o governo pode solicitar a composição de uma comissão mista paritária que fará a redação final da lei (art. 45). Nesse caso, entre outras vantagens, somente ao governo é dado o direito de propor ou aceitar emendas ao texto da comissão mista (art. 45, al. 3). É uma forma de compensação pelo fato de que os membros do governo não acumulam cargos de deputado, como acontece na Inglaterra, embora disponham de prerrogativas para acompanhar o debate em cada casa.

³⁶² DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris: Seuil, 2016, p. 780.

³⁶³ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 217.

³⁶⁴ CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick ; GICQUEL, Jean (org). *La révision de 2008: une nouvelle constitution ?* Paris: LGDJ, 2011. p. 217.

Para orientar e cercear ainda mais o debate, o governo pode fazer uso do voto bloqueado (art. 44, al. 3), que consiste em voto único sobre o conjunto do texto ou uma parte. É recurso para colocar fim às discussões, dar coesão à maioria, encerrar o debate. Nesse sentido, vai mais contra a maioria do que a minoria, e é pouco comum, mas foi usado trinta vezes em 2003 nos debates da reforma das aposentadorias³⁶⁵. Ou seja, o voto bloqueado é uma ferramenta para ser usada em momentos mais polêmicos quando o governo enfrenta dificuldades para controlar a própria maioria.

Os contrapesos são raros e se localizam mais no seio da maioria do que na oposição³⁶⁶. Quando a maioria é fraca ou reticente é quando o governo enfrenta dificuldades e precisa usar as ferramentas de aceleração e encerramento do debate³⁶⁷.

O procedimento de voto bloqueado também pode servir para superar uma obstrução causada por milhares de emendas da minoria. De qualquer forma, sua utilização não encerra o trâmite, que continuará em curso no Senado visando a adoção de texto idêntico³⁶⁸.

Outra forma de superar a obstrução por emendas é a regulação do tempo de fala com o tempo legislativo programado. Uma vez estabelecido o tempo de análise do texto em acordo dos líderes, as consequências para os membros do grupo que tenha esgotado seu tempo são: o impedimento de manifestação oral, a votação da emenda proposta sem debate, a impossibilidade de solicitar votação nominal, e a possibilidade de solicitação de tempo adicional caso o governo ou a comissão apresente nova emenda³⁶⁹. De certa forma, obriga a oposição a priorizar as emendas para que consiga defendê-las em plenário.

Diante do fato de que os projetos discutidos e que provavelmente se tornarão lei são aqueles apresentados pelo governo, as emendas são o recurso dos parlamentares para alterar a proposta original do governo e assim participar da elaboração normativa. Daí a importância

³⁶⁵ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28^a ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 547.

³⁶⁶ MAUS, Didier. *Études sur la constitution de la V^e République*. Paris: Les Éditions STH, 1990, p. 168.

³⁶⁷ LASCOMBE, Michel. Le soleil a rendez-vous avec la lune: quel réaménagement des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre? *Revue du droit public*, n. 1, p. 234-246, 2002, p. 237.

³⁶⁸ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018, p. 794.

³⁶⁹ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 222-223.

do trabalho em comissão. As emendas que forem aceitas modificam o texto original e podem significar vitória da negociação por parte dos deputados.

As emendas rejeitadas em comissão podem ser reapresentadas em plenário. Além disso, parlamentares geralmente preferem apresentar as emendas em plenário, sobretudo as de caráter político, usadas como meio de expressão de uma opinião, pois do ponto de vista midiático é assim que o parlamentar melhor valoriza sua atuação³⁷⁰.

No plenário, as emendas só podem ser apresentadas antes do início da discussão do texto. Na primeira leitura, as emendas podem ser de porte mais geral e, a partir da segunda leitura em plenário, apenas se relacionadas a artigo específico ainda em discussão. Trata-se do princípio do funil estabelecido em decisão do Conselho Constitucional de 19 de janeiro de 2006³⁷¹. Por essa regra, o direito de emenda fecha-se à medida que as duas assembleias adotam textos iguais para os artigos da lei, podendo ser apresentadas somente para as partes do texto sobre as quais ainda não houve acordo.

No limite, o governo pode engajar sua responsabilidade em um texto, isto é, atrelar um voto de confiança à aprovação de determinado projeto (art. 49, al. 3). É também uma forma de encerrar o debate e forçar a aprovação da matéria no prazo desejado. Tal prática foi limitada pela revisão constitucional de 2008 e só pode ser utilizada nas leis de finanças, de financiamento da seguridade social, ou em um texto por sessão conforme escolha discricionária.

O engajamento da responsabilidade sobre um texto é a arma mais brutal que o governo possui no quadro do parlamentarismo racionalizado. Sua utilização precisa ser aprovada em Conselho de Ministros, isto é, acordada com o presidente. Significa que a simples existência de uma maioria causa a aprovação do texto, sem que a Assembleia o tenha votado, pois a única alternativa a não aceitar o texto é aprovar uma moção de censura. Serve em momentos de maioria pouco dócil ou muito estreita³⁷².

³⁷⁰ HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37ª ed. Paris : LGDJ, 2016, p. 738.

³⁷¹ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 544.

³⁷² FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18ª ed. Paris: Hachette, 2015, p. 106.

No geral, o sistema tem tantas disposições favoráveis que, “mesmo quando o primeiro-ministro dorme, ele é o mestre do debate parlamentar”³⁷³.

Um último recurso do governo para alterar o resultado do debate é a faculdade reservada ao presidente, como chefe do executivo, de devolver ao parlamento uma lei recebida para promulgação e solicitar nova deliberação diante da constatação de inconstitucionalidade de parte ou totalidade da lei (art. 10). Não se trata de poder de veto *stricto sensu*, e sim faculdade de reenviar para debate na Assembleia Nacional ou provocar o controle prévio de constitucionalidade. O efeito prático é o adiamento da entrada em vigor da lei, com uso limitado pelo próprio contexto político.

No Brasil, os membros do governo precisam contar com a articulação política com parlamentares da base de apoio para participar da revisão e emendamento dos projetos propostos. Não existem mecanismos constitucionais para regular a participação do executivo durante o trâmite da proposta.

Os líderes do governo, tanto na Câmara quanto no Senado, seriam os parlamentares encarregados de fazer a conexão entre o Palácio do Planalto e o Congresso. O Palácio, por sua vez, coordenaria a articulação intragoverno, compondo posições consensuais entre os ministérios. O caráter eminentemente político de tal arranjo evidencia a sua fragilidade, pois é sujeito às oscilações de uma coalização heterogênea, multipartidária, e flutuante conforme a temática.

É um ambiente complexo, que exige bastante negociação para garantir a participação e acesso do governo ao trabalho interno de triagem de emendas, avaliação das possibilidades de incorporação de alterações e acesso às novas redações oferecidas pelos parlamentares encarregados das relatorias. E quanto mais importante o projeto, mais esforço de articulação política será feito, pois o governo não conta com nenhuma prerrogativa, nem constitucional nem regimental, para garantir a participação no trabalho interno do parlamento.

A falta de garantia constitucional de participação direta do governo brasileiro na elaboração normativa é compensada pelas medidas impeditivas de algumas proposições e

³⁷³ MOPIN, Michel. *Diriger le parlement. Pouvoirs*, n. 83, p. 41-58, 1997. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Diriger-le-Parlement.html>>. Acesso em: 2fev.2018, p. 44, tradução nossa.

emendas pelos parlamentares. A iniciativa exclusiva em certas temáticas, combinada com a vedação de aumento de despesas pelos parlamentares, atua para aumentar o controle do governo sobre o conteúdo das leis, servindo como freio, mas não dispensa o trabalho de articulação. Sua existência está muito mais ligada à perda das prerrogativas orçamentárias pelo legislativo do que a mecanismo de compensação em prol do executivo.

Durante a fase de discussão e emenda aos projetos de lei, os sistemas britânico e francês dão amplo controle da ordem do dia e das emendas ao governo. Nesse sentido, a racionalização do parlamentarismo nada mais é que o reforço do controle do governo sobre a sua própria maioria. Os instrumentos de limitação de emendas e voto bloqueado atestam a dificuldade de manejar o próprio sistema de partidos dentro do arranjo político-institucional.

Sem dispor dos mesmos instrumentos formais de intervenção no conteúdo normativo em deliberação no Congresso, os presidentes brasileiro e norte-americano ficam ainda mais suscetíveis aos humores do parlamento. O Congresso é, formalmente, impermeável à interferência do executivo conforme presa o regime de separação estrita de poderes. Contudo, isso não significa sua ausência no processo legislativo. Dada a impossibilidade de os governos presidencialistas deixarem de participar da elaboração normativa, evidencia-se a necessidade de contar com a articulação política e seus limites inerentes, pois esse arranjo informal é sujeito à instabilidade.

Formais ou informais, são ferramentas e práticas orientadas para influir no conteúdo da legislação que está sendo trabalhada. Embora importante, isso não é suficiente para aprovar os projetos de lei, que precisam ser pautados e levados à votação.

Para tanto, o executivo pode ainda ser contemplado com instrumentos de (ii) interferência no ritmo de análise dos projetos de seu interesse e fixação da agenda de discussões parlamentares. O objetivo é compensar a falta de mecanismos de participação direta nos debates nos sistemas presidencialistas ou para reforçar o vínculo entre gabinete e maioria nos sistemas parlamentaristas, com prerrogativas variadas no Brasil, Inglaterra e França.

No presidencialismo brasileiro, o executivo pode interferir apenas indiretamente no andamento dos projetos de lei de sua autoria que iniciam sempre, obrigatoriamente, na

Câmara dos Deputados (CF, art. 64, caput). A interferência é indireta porque decorre da solicitação de urgência para os projetos de lei, o que obriga a apreciação em até quarenta e cinco dias, em cada uma das casas, sucessivamente (art. 64, §§ 1º e 2º). Em regra, a ordem do dia é definida pelo presidente da Câmara, após ouvir os líderes (art. 17 do regimento interno da CD).

O pedido de urgência implica a criação de comissão especial na Câmara, justamente para acelerar a análise que, normalmente, se daria em várias comissões, separada e sucessivamente. Caso o prazo não seja cumprido, a proposição entra automaticamente na ordem do dia, impedindo as demais votações, exceto outras que possuam, igualmente, prazo constitucional determinado. Em concreto, significa que o pedido de urgência obriga que seja pautado, mas não obriga que seja votado. Nesse ponto, mais uma vez ganha peso o elemento da articulação política.

Caso aprovado, o projeto de lei de iniciativa do presidente da República em trâmite de urgência é enviado ao Senado, onde será analisado, simultaneamente, por todas as comissões permanentes afetas à matéria (art. 375 do regimento interno do Senado Federal), que deverão se manifestar em até 25 dias do recebimento do texto. Findo o prazo, a matéria entra na ordem do dia e o parecer tem limite de tempo exíguo para ser apresentado. Pode ser apresentado apenas oralmente, assim como na Câmara.

O sobrestamento da pauta do Congresso, ou bloqueio da ordem do dia, é um fenômeno que envolve tanto as matérias com urgência solicitada pelo presidente da República (art. 64, § 2º) quanto aquelas que possuem prazo de análise definido constitucionalmente, como as medidas provisórias (art. 62, § 6º). Porém, seu efeito não é absoluto, pois a urgência presidencial ordinária dos projetos de lei e extraordinária das medidas provisórias exclui outras matérias do sobrestamento, como propostas de emenda à constituição, lei complementar, projetos de resolução e projetos de decreto legislativo.

O efeito do trâmite em urgência constitucional é limitado. Em projetos de lei é apenas uma tentativa de acelerar o debate sem representar poder real de pautar os trabalhos do Congresso. Essa capacidade só se concretiza com a aliança entre a maioria parlamentar e o governo para a definição de uma pauta conjunta de trabalho. A fragilidade do mecanismo de

urgência constitucional é tamanha que se admite que o seu descumprimento seja, por si só, critério objetivo para conversão de um projeto de lei, já em tramitação, em uma medida provisória (par. único do art. 33 do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, que “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”).

O Congresso brasileiro preserva razoável capacidade institucional para manejar a pauta de votações. Tal capacidade associada à habilidade política, representa espaço de construção de cooperação entre governo e legislativo.

No parlamentarismo inglês, o governo, isto é, a maioria da Câmara dos Comuns, detém amplos poderes para ditar o ritmo de análise dos projetos propostos e controlar a pauta de discussão. O quase monopólio do governo é garantido pela limitação do número de seções reservadas ao exame das proposições dos deputados e pelo fato de que os textos têm pouca chance de serem aprovados em razão dos procedimentos que lhe permitem exigir a prioridade para seus projetos, sendo o mais importante a fixação da ordem do dia pelo primeiro-ministro enquanto líder da maioria³⁷⁴. A Câmara torna-se apenas o lugar onde o funcionamento do governo é controlado pela confrontação entre maioria e oposição, diante da fusão entre executivo e legislativo decorrente do bipartidarismo e da disciplina interna dos partidos³⁷⁵. Quando o gabinete propõe uma lei, há pouquíssima dúvida de que será aprovada.

A França conhece várias prerrogativas ao governo na condução da pauta de debate parlamentar, ainda que o primeiro-ministro e os demais ministros não sejam membros do parlamento (CFr, art. 23). Primeiro, o governo atua junto com o presidente da casa e as lideranças para definição da ordem do dia e tem reservadas, para si, duas semanas de sessões a cada quatro (art. 48). Segundo, o governo também pode controlar o debate pela solicitação de processo acelerado de análise (art. 45) antes ou após o início da tramitação, caso esteja

³⁷⁴ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 559.

³⁷⁵ BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris: Dalloz, 2012, p. 705-732; p. 719-720.

descontente com o ritmo dado pelo próprio parlamento ou deseje abreviar o prazo mínimo de seis semanas para início da discussão (art. 42).

A ordem do dia, ponto sensível para fazer avançar qualquer projeto, pode ser determinada pelos presidentes das casas, pelo primeiro-ministro, e pela minoria, que tem direito a uma sessão por mês (art. 48, al. 4). Reformas sucessivas foram realizadas, primeiro em 1995, depois em 2008, para aumentar o controle do parlamento sobre a ordem do dia e reduzir a determinação da pauta pelo governo.

A alteração no controle da ordem do dia resultou que, entre 2012 e 2017, excluindo ratificação de tratados, das 260 leis adotadas, 58% eram projetos do governo (projetos de lei) e 42% dos parlamentares (proposições de lei). O aumento da participação do parlamento, no entanto, pode ser mascarado por outra alteração realizada em 2008: a obrigatoriedade do estudo de impacto das propostas, que afeta somente as iniciativas do governo, acaba por incentivar o abandono da iniciativa, sendo substituída pelos projetos de iniciativa parlamentar, dispensados do estudo de impacto, e pelas as emendas em outros projetos³⁷⁶.

Salvo exceções, é o governo quem prepara as leis, sejam as suas, sejam as dos parlamentares: as proposições parlamentares podem ser falsos projetos de lei, com o governo tendo escolhido ou aceitado emprestar a via parlamentar seja para ser elegante, seja por comodidade técnica de evitar o estudo de impacto e a aprovação no Conselho de Estado³⁷⁷.

Ser parlamentar da maioria que apoia o governo pode significar, dessa forma, apresentar os projetos do governo.

O fato majoritário priva de efeitos práticos a revisão de 2008 no que tange ao fortalecimento do parlamento³⁷⁸. Embora o trabalho parlamentar tenha mudado depois da revisão de 2008, as relações de força entre o governo e sua maioria continuam as mesmas³⁷⁹.

³⁷⁶ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^a ed. Paris : Seuil, 2017, p. 205-207.

³⁷⁷ DUHAMEL, Olivier. TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4^a ed. Paris, Seuil, 2016, p. 774-5.

³⁷⁸ COMBRADE, Bertrand-Léo. La procédure législative. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 317-328, p. 326.

³⁷⁹ BENETTI, Julie. Le président du groupe majoritaire. *Pouvoirs*, n. 146, p. 33-42, 2013. Disponível em: <10.3917/pouv.146.0033>. Acesso em: 14dez.2015, p. 34.

Contudo, o papel do parlamento na definição da agenda política e na negociação com o executivo em torno de projetos de lei não pode ser negligenciado. O controle do governo precisa ser relativizado diante de mecanismos de reação do legislativo capazes de fazer frente a suas iniciativas.

A ordem do dia sempre foi, na verdade, uma decisão concertada: se o executivo tinha os meios jurídicos de impor sua vontade, as comissões, ao ameaçar não apresentar o relatório, os grupos, ao ameaçar a obstrução, dispunham dos meios políticos reais para fazer pressão, se necessário, sobre um governo muito atravessador³⁸⁰.

No processo acelerado de análise (art. 45), segunda forma de controle do ritmo de trabalho da assembleia, o governo pode solicitar a composição de uma comissão mista de deputados e senadores que será a responsável por fechar um texto de consenso entre as casas. Trata-se de meio de superar a demora causada pela *navette* ou de contornar o período mínimo estabelecido constitucionalmente de seis semanas entre o depósito do projeto e sua discussão em plenário. O governo pode apresentar emendas, mas o procedimento é mais limitado do que no trâmite regular. Faltando acordo na comissão mista, a assembleia dos deputados pode estatuir definitivamente com base em um dos textos aprovados ou na versão elaborada pela comissão mista (art. 45, al. c).

Na sessão 2008-9, 70% dos projetos apresentados passaram por procedimento de urgência – terminologia antes da revisão constitucional – e 26% por procedimento acelerado; entre 2012 e 2014, a aceleração foi demandada 115 vezes pelo governo, que tende a abusar da solicitação³⁸¹. Entre 2012 e 2017, o procedimento acelerado cobre 229 das 260 leis votadas³⁸². O governo Macron, entre a posse em 14 de maio de 2017 e 30 de junho do mesmo ano, isto é, em cerca de 45 dias, apelou para o procedimento acelerado em 9 dos 17 projetos de lei depositados no Senado, os quais tratam de temas importantes, coroando a

³⁸⁰ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^a ed. Paris : Seuil, 2017, p. 249.

³⁸¹ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28^a ed. Paris: LGDL , 2016-2017, p. 546.

³⁸² CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^a ed. Paris : Seuil, 2017, p. 206.

transformação da urgência em vontade de aprovação rápida, como se depreende da substituição do termo “urgência” por “acelerado”³⁸³.

As prerrogativas do governo francês de controle da ordem do dia e do ritmo dos debates são típicas do que se convencionou chamar de parlamentarismo racionalizado. Diante do sistema misto, no qual o presidente detém mais prerrogativas que um simples chefe de estado e o primeiro-ministro age, em grande medida, como seu emissário, trata-se de dar ao governo os meios jurídicos de executar sua política em um sistema parlamentar instável, que quer queira, quer não, permanece a expressão de partidos políticos diversos e indisciplinados³⁸⁴.

O que os franceses chamam criticamente de fato majoritário nada mais é do que o fenômeno de coincidência entre o partido que compõe a maioria no legislativo e ocupa a presidência e, por consequência, o governo. O mesmo fenômeno visto nos Estados Unidos e que é a regra natural nos sistemas parlamentaristas. Fenômeno este que fortalece o executivo e torna possível a governabilidade no contexto de eleições separadas.

Em síntese, o que esses países têm em comum, mesmo constituindo sistemas constitucionais completamente distintos, é a participação mais intensa do executivo no compartilhamento da função legislativa, mediante a atribuição constitucional de poderes ao presidente ou governo ou, na sua ausência, na prática política que lhe confere tais poderes de fato. Os mecanismos parlamentaristas, típicos da separação flexível ou da interdependência por integração, cumprem a tarefa para a qual foram criados: trazem o governo para dentro do parlamento, induzindo o trabalho legislativo conforme a necessidade e interesse do executivo.

Os Estados Unidos, único país no qual o desenho constitucional priva o presidente de prerrogativas formais de interferência no processo legislativo, necessita compensar a falta de formalismo com arranjos políticos. No Brasil, as prerrogativas constitucionais são complementadas pelos arranjos políticos. Nos dois casos, o lado da cooperação toma

³⁸³ LEMAIRE, Eliana. *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire*. Disponível em: <blog.juspoliticum.com>. Publicado em: 5jul.2017. Acesso em: 27mar.2018.

³⁸⁴ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane, *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 407.

contornos extrainstitucionais, ou calcados em uma institucionalidade construída culturalmente. É a consequência da doutrina da separação de poderes, que força executivo e legislativo a buscarem na política o que lhes falta em meios jurídicos, como a capacidade de propor emendas aos projetos. A exceção é a nossa medida provisória, que transpassa as fronteiras e dá, simultaneamente ao governo a iniciativa do projeto e razoável controle da pauta, embora nada resolva com relação ao controle das emendas apresentadas pelos parlamentares.

A emenda, hoje principal obra legislativa do parlamento, é justamente um dos objetos de maior controle dentro parlamentarismo racionalizado: ela sofre restrições de conteúdo e prazo quando proveniente da minoria, como na Inglaterra, e pode ser manejada com mais tranquilidade pelo governo, como no modelo francês.

Em todos os exemplos, fica patente a participação do executivo-governo da função de legislar, pautando e conduzindo, com intensidade variada, o trabalho das assembleias. Na iniciativa, o objetivo é, por óbvio, dar ao governo capacidade de propor, de pautar legislativamente. No trâmite, o objetivo é dar ao governo capacidade de fazer avançar, aprovar e assim levar a termo seu plano de governo. Mais integração entre executivo e legislativo supõe mais intervenção no trâmite, com o governo assumindo parte do trabalho no parlamento.

Quadro 1 – Prerrogativas do executivo-governo no processo legislativo por país

Prerrogativas do executivo-governo	Iniciativa de lei	Poder de emenda	Poder de aceleração do trâmite	Poder de pauta na ordem do dia
Estados Unidos (presidencialista)	Não, salvo proposta orçamentária	Não	Não	Não
Inglaterra (parlamentarista)	Sim, irrestrito	Sim	Sim, pelo controle de prazos de discussão e depósito de emendas	Sim
França (parlamentarista)	Sim, irrestrito, com exclusividade	Sim	Sim: pedido de urgência, voto bloqueado,	Sim

	nas leis orçamentárias		confiança atrelada ao texto	
Brasil (presidencialista)	Sim, restrito a certas temáticas, com exclusividade em leis orçamentárias, tributos, sobre efetivo civil e militar e sua remuneração, organização da APF, do Ministério Público e da Defensoria Pública	Não	Sim: pedido de urgência para projetos de lei, prazo constitucional para voto de determinados projetos	Indireto pela entrada automática em pauta dos projetos com urgência e das medidas provisórias

2.3 A transferência do poder de legislar mediante o exercício direto

O executivo pode possuir prerrogativa para exercício direto da tomada de decisão legislativa, indo além da participação na iniciativa da lei ou no trâmite legislativo. Em tais situações, estamos falando de efetiva transferência do poder de legislar, que é circunscrita pela própria lei, por limites temáticos ou requisitos de circunstâncias nas quais será exercido. É o ápice da participação do governo na produção legislativa. Nesse sentido, há variadas soluções para atribuição da função legislativa ao órgão executivo, vulgo poder de decreto, que lhe permitem, ao mesmo tempo, propor e estatuir sozinho. Em todas elas, reserva-se maior ou menor grau de controle pelo parlamento, com eventual controle jurisdicional.

A transferência pode ser derivada da lei, por ela circunscrita e a ela subordinada; feita por lei específica; ou prevista constitucionalmente. A primeira é a emissão de regulamentos ou decretos de aplicação de dispositivos legais, considerada como parte da esfera de competência natural do órgão executivo. As outras duas envolvem capacidade de propor e inovar no ordenamento jurídico: podem depender de autorização legal específica e pontual, ou serem de uso discricionário conforme determinações inscritas constitucionalmente. São as delegações e o poder de decreto, com ou sem a referenda legislativa posterior.

A maneira como o executivo-governo assume o poder de legislar diretamente varia conforme o sistema onde esteja inserida. No presidencialismo norte-americano, o executivo conquistou esse espaço mesmo sem disposição constitucional expressa, com a validação jurisprudencial. Na França, ele é previsto constitucionalmente e deve seguir trâmite específico. No Brasil também, com as transformações que sofreu pela revisão constitucional. Cada uma com suas especificidades, com maior ou menor poder normativo, porém todas com o mesmo resultado: assunção do poder de legislar diretamente ao executivo, minando pretensões de que somente ao órgão legislativo cumpre inovar na ordem jurídica.

A transferência do poder legiferante envolve: (2.3.1) atribuição de poder regulamentador e delegações legislativas. O exercício direto da função de legislar pelo executivo assume contornos variados com (2.3.1) a competência elástica das ordens executivas norte-americanas; (2.3.2) a transferência completa com as *ordonnances* francesas; e (2.3.3) a concorrência de vontades nas medidas provisórias brasileiras.

2.3.1 Atribuição de poder regulamentador e delegações legislativas

O poder regulamentador e as delegações legislativas são duas formas diferentes de conceder parte da função de legislar ao executivo. Pela (i) regulamentação não há transferência da função legislativa propriamente dita, visto que ao regulamento só é permitido desdobrar dispositivos e obrigações já estabelecidas em lei. Pela (ii) delegação, há efetiva transferência da função de legislar, o que pode ser feito mediante autorizações pontuais do órgão legislativo ou autorizações pré-estabelecidas constitucionalmente, com aceitação e ratificação posterior do parlamento. As fronteiras entre ambos podem ser relativizadas e cada país implementará seu próprio modelo e em todos eles o executivo exercerá a faculdade de estatuir normas.

A (i) emissão de regulamentos é bastante comum e é considerada parte integrante da competência natural do executivo na execução das leis. Os regulamentos, ou decretos de aplicação, constituem o desdobramento das disposições legais e orientam sua operacionalização abrangendo, em geral, pontos específicos da norma. Não pode inovar ou acrescentar obrigações outras que não aquelas determinadas na lei que desdobra, ainda que acrescentem nova camada. São complemento aos dispositivos legais, especificando-os. Os regulamentos que se subordinam às leis não necessitam da concorrência do órgão legislativo,

e não constituem, portanto, compartilhamento da função de legislar. Ou sejam, não constituiriam brechas na separação de poderes.

No sistema de tripartição de poderes, o regulamento é tido como inerente à função executiva, tendo caráter administrativo. É exercido independentemente de delegação ou autorização, com conteúdo e alcance subordinado à lei que ele regulamenta e disciplina³⁸⁵. Assim, a definição de regras essenciais necessita da intervenção do legislador; a operacionalização dessas regras e a determinação da modalidade de aplicação pertencem ao poder regulamentador³⁸⁶.

Na prática, pontos ambíguos ou abertos a detalhamento técnico-operacional acrescentam uma outra camada aos dispositivos legais, cujo controle de legalidade costuma ocorrer apenas intragoverno, isso sem prejuízo de escrutínio judicial diante de possível ou efetiva afetação a direitos sem respaldo legal. Para sua aplicação de fato, uma lei não pode ser lida sem o decreto que a regulamenta. Assim, o decreto regulamentador pode ser entendido como uma maneira de legislar, ainda que de forma bastante circunscrita, naquilo que escapa ao parlamento e que é necessário para a perfeita execução da norma.

Regulamentos podem ser entendidos como uma forma de legislar: por legislador deve-se entender não somente as assembleias legislativas democraticamente eleitas, mas também as administrações que, com as necessidades de regulamentação e regulação das sociedades complexas em que vivemos, tornam-se tão produtoras de direito quanto o legislador³⁸⁷.

Em certos temas, prevê-se decretos autônomos, isto é, que podem ser emitidos independentemente de autorização legal específica. Eles podem sofrer restrições de escopo, como no Brasil, ou representar domínio legal à parte, com capacidade de inovar no ordenamento jurídico, como na França.

A constituição brasileira prevê decretos autônomos somente para organização e funcionamento da administração pública federal quando não implicar aumento de despesa

³⁸⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 81.

³⁸⁶ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 722.

³⁸⁷ ZOLLER, Élisabeth. *Le droit des États-Unis*. Paris: PUF, 2001, p. 98.

nem envolver a criação ou extinção de órgãos públicos; ou para extinção de cargos vagos (art. 84, VI).

A constituição francesa, por sua vez, prevê amplo domínio autônomo do regulamento, que pode inovar em todos os temas que não forem expressamente reservados à lei (CFr, art. 34 e 37). No arranjo francês, o poder regulamentador é uma espécie de domínio específico da faculdade de estatuir consignada ao executivo, uma vez que à lei é reservado estatuir em alguns domínios. Assim, torna-se desnecessária sua subordinação a uma lei. Os regulamentos franceses são capazes de criar obrigações e inovar, mas não concorrem com a lei nas mesmas matérias. Nesse sentido, não constituem, portanto, compartilhamento da função de legislar. Não obstante, a lei pode avançar no domínio do regulamento.

O regulamento não pode modificar uma lei e não pode interferir nas matérias que segundo a constituição são reservadas ao órgão legislativo: mantém-se, assim, a diferença do ponto de vista da competência e dos recursos, ambas de caráter formal³⁸⁸. A separação entre domínio da lei e do regulamento traduz uma concepção moderna da separação de poderes que permitiria ao governo utilizar do regulamento autônomo sem acordo ou decisão prévia do parlamento³⁸⁹.

Com o passar dos anos, a esfera do regulamento foi perdendo importância normativa e deixando de representar a demarcação de competências distintas entre governo e parlamento.

A prática parlamentar de avançar no domínio do regulamento sem contestação do governo³⁹⁰, tolerada pela jurisprudência³⁹¹, foi tornando a competência do governo reduzida.

³⁸⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bibliothèque Nationale de France, 2009, p. 212-214.

³⁸⁹ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 43.

³⁹⁰ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 533 ; MAUS, Didier. *Études sur la constitution de la V^e République*. Paris: Les Éditions STH, 1990, p. 178 ; ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 125.

³⁹¹ DRAGO, Guillaume. Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, v.1, jan. 2006, p.7. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 18dez.2015; FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014, p. 138; LUCHAIRE, François. *Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis*. Paris: Economica, 2002, p. 38.

A lógica majoritária, ao substituir a confrontação de poderes pela colaboração, trabalhou para a supressão da linha de demarcação entre o domínio da lei e o regulamento³⁹². A via do regulamento, com todas as etapas internas, pode ser mais demorada do que a via da legislação, estimulando o governo a dar preferência ao parlamento³⁹³.

Nos Estados Unidos não há previsão constitucional expressa de poder regulamentador ao presidente. Este é exercido com base na cláusula que determina ser obrigação do presidente executar fielmente as leis (CA, art. II, sec. 3) e assim justificado constitucionalmente³⁹⁴. O escopo de ações que podem ser feitas com base nesse dispositivo é amplo e tomará sobretudo a forma das proclamações e ordens executivas que serão trabalhadas no item 2.3.2. Não há uma fronteira clara entre regulamento e delegação legislativa.

A fonte mais importante de poder regulamentador é o poder regulamentar estatutório, isto é, o que exerce em função das autorizações feitas por leis³⁹⁵.

O que poderia ser considerado poder regulamentador, por que subordinado à lei, por ela circunscrito e vinculado à sua implementação, costuma ser referido na doutrina norte-americana como delegações legislativas específicas, calcadas em atos aprovados pelo Congresso. São uma espécie de fusão entre lei delegada e ato regulamentador.

Em geral, são genéricas e, assim, podem ser encaixadas na esfera de ação do presidente como chefe da administração³⁹⁶. As delegações específicas, em grande parte, foram feitas diretamente em benefício de agências reguladoras de infraestrutura, mercados financeiros, proteção de consumidores, meio ambiente e saúde, que se tornam fontes importantes de direito a nível federal³⁹⁷.

³⁹² GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 801.

³⁹³ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28^a ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 535.

³⁹⁴ ZOLLER, Élisabeth. *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 2011, p. 53.

³⁹⁵ LAFERRIÈRE, Julien. Le pouvoir réglementaire du président des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 275-320, p. 293-294.

³⁹⁶ KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2245-2385, 2001, p. 2320.

³⁹⁷ ZOLLER, Élisabeth. *Le droit des États-Unis*. Paris: PUF, 2001, p. 103.

Por meio de leis, o Congresso delega poderes legislativos substanciais ao presidente, agências e comissões independentes. Embora seja princípio fundamental de governo a impossibilidade de delegação do poder legislativo, alguma autoridade discricionária é regularmente concedida ao executivo para implementar a lei³⁹⁸.

Os limites dessa delegação foram estabelecidos jurisprudencialmente, com uma construção que se exime de fixar uma linha clara entre o poder legislativo e as faculdades discricionárias vinculadas ao poder executivo. A praxe é que toda autorização de regulamentação posterior encerre algum controle ou supervisão do legislativo.

A Suprema Corte, chamada a se pronunciar, estimou que as delegações podem ser feitas, desde que sejam estabelecidos padrões e fixadas regras³⁹⁹. Devem somente se enquadrar em parâmetros inteligíveis que forneçam os princípios e regras de exercício do poder administrativo, o que faz com que o vazio jurídico criado inicialmente pela recusa de conceder poder regulamentador para o executivo seja hoje suprido pelas inúmeras delegações dadas às agências administrativas⁴⁰⁰.

Ou seja, o problema é de extensão possível das delegações, que não são limitadas materialmente. Elas se circunscrevem, em geral, por: a) objeto preciso e determinado; e b) a presença na lei de certos padrões mais ou menos definidos, por vezes abstratos, para guiar o executivo no exercício de seu poder discricionário quanto à confecção dos regulamentos. Embora permitam avanços na definição, essas indicações não fornecem a fórmula geral que determine a priori o domínio do poder regulamentador do presidente norte-americano. Finalmente, são os tribunais diante de cada caso concreto que traçam os limites⁴⁰¹.

O judiciário declara haver uma brecha constitucional para aceitar tal delegação, com base em um princípio inteligível presente na norma, como por exemplo a proteção do interesse público e evitar competição predatória. Em geral, as cortes toleram esse tipo de

³⁹⁸ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York : Oxford University Press, 2014, p. 156.

³⁹⁹ LUCHAIRE, François. *Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis*. Paris: Economica, 2002, p. 39.

⁴⁰⁰ ZOLLER, Élisabeth. *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*. Paris: Dalloz, 2010, p. 184-185.

⁴⁰¹ LAFERRIÈRE, Julien. Le pouvoir réglementaire du président des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris : Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 311-312; 314.

diretriz porque são acompanhadas de procedimentos que permitem a supervisão do Congresso sobre as ações das agências antes da emissão de normas com efeitos legislativos⁴⁰².

Os procedimentos de controle e supervisão, entretanto, não podem constituir o que se praticava sob a alcunha de veto legislativo, isto é, a reserva que o Congresso fazia para reverter, unilateralmente, a decisão administrativa. Tal procedimento foi abolido pela jurisprudência⁴⁰³, por considerá-lo contrário à separação de poderes, mas foi substituído por controles mais brandos, como o requisito de as agências apresentarem previamente as propostas de normas reguladoras para que o Congresso possa objetá-las por via legislativa⁴⁰⁴.

Entre os três países, o Brasil é o que possui o conceito mais restrito de regulamento. Tanto na França quanto nos Estados Unidos, o exercício do poder regulamentador é feito com razoável liberdade de legislar autonomamente. Justificado como faculdade inerente do órgão executivo no exercício de suas funções, com valor de ato administrativo, permite resguardar a noção de separação de poderes.

No geral, o poder regulamentador do executivo é visto como acessório à lei, à ela subordinado, com domínio restrito e menos impactante na regulação da sociedade. Quando pode ser emitido autonomamente, não concorre com a lei. A lei, a seu turno, pode sempre concorrer com o regulamento. O regulamento serve a propósitos específicos e, embora represente uma forma restrita de legislar, não constitui verdadeira transferência da função legislativa, tampouco seu compartilhamento, pois pode ser emitido independentemente da concordância ou ratificação do órgão legislativo. Constitui, sem dúvida, flexibilização da noção de especialização dos órgãos, o que é indicativo da necessidade de aumentar a participação do governo no processo legislativo.

Para o efetivo compartilhamento da função legislativa, têm-se a (ii) delegação. É instrumento de exercício direto de poder de legislar pelo executivo determinada na Constituição ou por norma autorizadora específica emitida pelo parlamento para o governo

⁴⁰² FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 156.

⁴⁰³ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 649.

⁴⁰⁴ KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2245-2385, 2001, p. 2257.

legislar por decreto. Nesse caso, trata-se de inovação legislativa, de criação de nova norma integrante do ordenamento jurídico, ainda que em caráter precário.

Por força da separação e especialização funcional entre órgãos distintos em um sistema de tripartição de poderes, a delegação não é tida como equivalente ao exercício da função legislativa. Assim como o regulamento, é considerada ato inferior, desprovido da legitimidade superior que repousaria somente sobre as casas legislativas.

No contexto da especialização funcional, a autoridade legislativa não é suscetível, em si, de ser delegada. É uma autoridade inicial, autônoma. Logo, uma autoridade delegada não pode ser autoridade legislativa. No caso de delegação por leis de habilitação de competências regulamentares ao executivo, um atributo não será transferido: a qualidade original de representante da vontade geral. Graças a habilitações o executivo adquirirá talvez competências que parecem iguais à autoridade legislativa parlamentar, mas não se tornará nem igual nem substituto ao parlamento: lhe faltará sempre a qualidade de representante da nação⁴⁰⁵.

Uma visão rígida da separação de poderes implica, em consequência, a visão da indelegabilidade da função de legislar. Entretanto, à medida que se flexibiliza a divisão de tarefas entre os órgãos legislativo e executivo, com maior compartilhamento da função de legislar, a indelegabilidade também vai se flexibilizando. Por trás dessa ideia está, novamente, a noção de que o parlamento é o órgão superior.

Admitir a legislação delegada já é uma primeira investida contra a separação de poderes, mas que não parecia arriscada, pois era atribuição temporária e limitada⁴⁰⁶.

A separação de poderes, na parte que repousa inteiramente sobre a ideia de contrapoderes, é, em efeito, teoricamente inconciliável com a ideia de subordinação posta pela pirâmide democrática. Um poder subordinado a outro não pode impedi-lo nem a ele se opor. Essa concessão entre democracia e separação de poderes explica o caráter um pouco

⁴⁰⁵ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris, Econômica: 1984, p. 74-76.

⁴⁰⁶ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28.

obsuro da noção de delegação em direito constitucional e as hesitações doutrinárias e jurisprudenciais na questão⁴⁰⁷.

A condenação da legislação delegada repousa em alguns dogmas ligados à teoria da soberania. O primeiro é a separação de poderes, pois modificar a repartição de funções ameaçaria a liberdade e desobrigaria o legislador de parte de suas obrigações, duramente conquistadas na transição entre absolutismo e constitucionalismo. O segundo é ligado à teoria da democracia representativa, segundo a qual o legislador eleito exprime a vontade da nação. Uma vez que os cidadãos delegaram o poder aos representantes, não é possível que estes deleguem novamente. Mais do que isso, a faculdade de produzir leis se justificaria porque o legislativo oferece espaço público e livre de discussão⁴⁰⁸.

As delegações, sejam para elaboração de leis pelo executivo, regulamentos, ou, ainda, edição de normas com valor de regulamento até sua ratificação pelo parlamento, dando-lhe a característica de lei, vão se espalhando pelas constituições. São justificadas com a dependência de autorização prévia. Deixam de ser, portanto, elemento característico da separação de poderes mesmo nos sistemas presidencialistas.

A indelegabilidade do poder legiferante, corolário da doutrina da separação de poderes, foi sendo atenuada e depois admitida desde que acompanhada da impossibilidade de abdicação da competência originária constitucionalmente atribuída e do estabelecimento de condições e limites claros para a atuação do poder delegado. O valor maior passa a estar na limitação do poder, na manutenção de mínimo de divisão funcional e de especialização, esta última que responde a critérios mais ou menos rígidos⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances: la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 42.

⁴⁰⁸ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 606-607.

⁴⁰⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 15-18.

Admitida a inevitabilidade da legislação governamental, é necessário adotar metodologia para juridicizar o fenômeno e autorizá-lo legitimamente, no qual a delegação legislativa é forma de conferir poderes legislativos ao executivo⁴¹⁰.

Para operar a transferência de uma faculdade em teoria intransferível, a legislação delegada envolve uma autorização prévia do legislativo e a sua ratificação posterior. Com os dois atos, o parlamento primeiro concede temporariamente, e depois retoma o processo, legitimando-o no contexto de especialização funcional dos órgãos.

A legislação delegada pode ser identificada pelo caráter de ratificação que objetiva reconstituir retrospectivamente um mandato legislativo fictício, constituindo a legislação delegada uma técnica de representação do legislador primário permitindo a outrem produzir, com sua autorização, atos formalmente não legislativos tendo o valor de lei⁴¹¹.

Porém, nem toda delegação legislativa é suscetível de referenda parlamentar, como mostra o modelo norte-americano. As delegações realizadas no sistema rígido de especialização funcional dos Estados Unidos não precisam de referenda posterior, estando sujeitas somente ao controle judicial de sua constitucionalidade ou à revisão mediante alteração na lei pelo próprio Congresso conforme o trâmite legislativo comum.

Qual seria a vantagem da delegação? A divisão eficiente do trabalho entre os poderes. Em vez de delegar para abdicar da responsabilidade na formulação da política, o legislativo maximiza o atingimento dos seus objetivos confiando na expertise dos burocratas⁴¹². A delegação do poder legislativo traduz uma necessidade imperiosa de reforçar o executivo que, para dar melhores resultados, precisa ser feita institucionalmente com o alargamento dos poderes normais dos governos⁴¹³.

⁴¹⁰ SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69.

⁴¹¹ LETHUILLIER, Guillaume. *La législation déléguée - Journée d'étude du 6 juin 2014*, Paris: Société de Législation Comparée, 2014, p. 164.

⁴¹² LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018. p.45.

⁴¹³ CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 302.

A delegação é necessária quando o chefe de Estado ou governo não possui poder normativo de regulamentação; é oportuna para certos fins, como circunstâncias de crise, domínios extremamente técnicos e especializados, ou nos quais a margem de manobra do parlamento é baixa, como a transposição de diretivas europeias; e também é uma oportunidade política diante da divisão do parlamento ou da necessidade de implementar medidas impopulares⁴¹⁴.

A justificativa para a delegação pode ser mais ou menos simples conforme o sistema de governo. No sistema parlamentarista, sendo o governo parte da maioria integrante do legislativo, a delegação é apenas uma forma indireta da maioria legislar por intermédio do gabinete. Junta-se a isso a responsabilidade do governo diante do parlamento, que pode demiti-lo a qualquer momento. A delegação estaria, portanto, acobertada pelas demais regras. No sistema presidencialista, sua justificação é mais complexa, pois implica concentração de poder nas mãos de um órgão completamente independente do parlamento. Vincula-se, mais uma vez, à necessidade de dar ao executivo os meios de atuar e superar os impasses legislativos⁴¹⁵.

As delegações criam obrigações legais e estão, portanto, sujeitas ao controle do parlamento. Se o executivo estatui, ao parlamento caberá impedir. Eventualmente, atuará o controle jurisdicional.

O controle da legislação delegada é duplo: político e jurisdicional. Quanto ao controle político, ele pode ser exercido pela mera informação ao ente delegante, ou pela participação deste na decisão sobre a aquisição de valor jurídico pela norma, seja para sua entrada em vigor ou para sua manutenção em vigor. O controle parlamentar pode ser feito por resolução afirmativa ou negativa. No caso afirmativo, é previsto prazo para a manifestação que permitirá a completa entrada em vigor do ato. No negativo, a norma entra em vigor ou se torna definitiva se não há manifestação de objeção⁴¹⁶.

⁴¹⁴ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 613.

⁴¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴¹⁶ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 645-648.

O gabinete britânico, por exemplo, beneficia do direito de editar disposições por habilitação legislativa, chamada legislação secundária ou delegada: os *statutory instruments*. São editados cerca de 2.000 por ano, elaboradas pelos ministérios, contra 30 leis aprovadas. Por meio deles é possível completar ou retificar a legislação. Salvo exceções, devem ser submetidos ao parlamento para análise, que só pode modificá-los por emenda, e assim adquirirem valor legislativo. Após prazo de manifestação de 40 dias para cada casa, a ausência de objeções ou emendas equivale à aprovação⁴¹⁷.

Em outros países, opta-se pelo controle parlamentar afirmativo, isto é, a lei, feita por delegação, só adquire força normativa completa após a aprovação pelo órgão legislativo. É o modelo francês e brasileiro, por exemplo.

As próximas seções ilustram como a delegação legislativa e o respectivo controle ocorre nos Estados Unidos, na França e no Brasil. A maior ou menor participação do parlamento no normativo elaborado pelo governo denota a forma como se dá, efetivamente, o compartilhamento da função de legislar.

2.3.2 A competência elástica das ordens executivas norte-americanas

Nos Estados Unidos, modelo clássico da separação rígida de poderes, o executivo assume poder autônomo de legislar à despeito do arranjo constitucional. Tal construção é feita primeiro pela prática, depois validada jurisprudencialmente. O governo (i) avoca capacidade de legislar, em certo grau, sem a necessária participação do Congresso em todas as etapas, que (ii) resguarda apenas suas competências de supervisão e revogação, isto é, controle.

As *executive orders*, ou ordens executivas, embora possam ser vistas como reflexo do poder regulamentar do presidente para fiel execução das leis, possuem características legislativas, isto é, são capazes de criar obrigações, embora não se admita partilha do poder de legislar do Congresso. Elas não preveem trâmite legislativo de aprovação, apenas controle

⁴¹⁷ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 305 ; CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17^a ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 299.

parlamentar pela manifestação de objeção a posteriori ou pelo acionamento da jurisdição constitucional.

O termo (i) ordem executiva é uma denominação genérica para os atos emanados pelo presidente norte-americano. Elas não precisam ser vinculadas diretamente a nenhuma lei em particular e nenhum dispositivo constitucional explícito. São um gênero de poder regulamentador autônomo com instruções para os órgãos integrantes do executivo, independentemente de qualquer delegação e que pode se revestir de força igual à da lei.

Se emitidas sob uma alegação legítima de autoridade e tornada pública, uma diretiva presidencial [*proclamation, executive order*], pode ter a força e o efeito de lei, a qual as cortes devem conhecer e dar efetividade, com a única diferença técnica entre o tipo de declaração, pois as ordens executivas seguem rito regulamentado de publicação⁴¹⁸.

Parte das ordens executivas dizem respeito à implementação de políticas, isto é, consistem em regulamentos, e outras são iniciativas próprias do presidente. A verdade é que ninguém sabe ao certo quantas já foram emitidas, com estimativas que vão de 15 mil a 50 mil. Além do mais, não há distinção clara entre elas e as proclamações que, embora sejam na maioria declaratórias, às vezes tratam questões de interesse geral⁴¹⁹.

As ordens executivas abarcam questões relacionadas a comércio exterior, auxílio ao estrangeiro, defesa, políticas sociais, entre outras. Não há limitação temática. Por meio delas, os presidentes norte-americanos têm sido capazes de legislar, pois seu conteúdo extrapola atividades meramente administrativas e possui efeitos de política pública.

O grau de discricionariedade é elevado, o que incentiva os presidentes a ousarem um pouco mais conforme o contexto político.

⁴¹⁸ CHU, Vivian; GARVEY, Todd. *Executive Orders: Issuance, Modification, and Revocation*. Relatório. Washington: Congressional Research Service, 2014. Disponível em: <http://assets.opencrs.com/rpts/RS20846_20100325.pdf>. Acesso em: 20dez.2018, p. 2.

⁴¹⁹ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 101-103.

Se a maioria no Congresso é instável ou dividida, as ordens executivas dão margem razoável de ação, contornando as exigências normais de tramitação de projetos de lei⁴²⁰. Em geral, em tempos de governo dividido, isto é, partidos distintos na presidência e na maioria do parlamento, a dificuldade em dar seguimento na agenda política legislativa diante de um Congresso refratário estimulará o presidente a usar ordens executivas para implementar mudanças políticas via ação administrativa⁴²¹.

Quando a possibilidade de realização legislativa significativa desaparece diante da falta de colaboração do Congresso e a polarização crescente entre os dois partidos principais, aumenta o incentivo para a ação administrativa, pela qual o presidente pode tomar decisões unilateralmente. Boa parte do que foi feito por diretivas pelo presidente Clinton, por exemplo, estava ligado à sua agenda legislativa mais ampla⁴²².

Em vez de batalhar para convencer individualmente os membros do Congresso a apresentar uma lei de seu interesse e depois buscar os votos favoráveis, o presidente pode tomar a iniciativa e lançar novas políticas por decreto, deixando para os demais o ônus de revisar. Em vez de perder tempo nas margens do processo legislativo, os presidentes regularmente editam diretivas que o Congresso, sozinho, não tomaria. Ao fazê-lo, deixam uma marca no ordenamento jurídico muitas vezes ignorada e pouco explorada pela doutrina⁴²³.

No sistema norte-americano, quando o presidente quer propor uma lei, ele tem duas alternativas: propor ao Congresso, ou implementar as mudanças imediatamente com base na autoridade legislativa existente. Se o presidente opera no regime de autoridade total com o Congresso, isto é, ambos controlados pelo mesmo partido, pode ser bastante fácil codificar as iniciativas em novas leis. Mas se está no modo impasse, de controle dividido, o caminho legislativo pode ser custoso ou impossível. Quanto mais o Congresso frustrar o presidente no

⁴²⁰ CINTRA, Antônio Octávio. *As Ordens Executivas nos Estados Unidos*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 17jun.2018.

⁴²¹ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018, p.50.

⁴²² KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2245-2385, 2001, p. 2311-2313; 2320.

⁴²³ HOWELL, William G. Executives: the American Presidency. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 303-322, p. 314-315.

seu desejo de concretizar o seu programa político em forma de lei, mas ele será tentado a tentar atingi-lo politizando a administração independentemente das limitações legais existentes⁴²⁴.

Embora a ordem executiva possa ser análoga em alguns aspectos a um decreto regulamentador, pois baseada na autoridade do presidente no exercício da função executiva, ela tem força de lei e pode ser revogada pelo Congresso⁴²⁵.

Dessa forma, um governo dividido pode significar também menor possibilidade de emitir ordens executivas se o Congresso estiver suficientemente organizado para combater as investidas do presidente e reverter esses decretos ou para cercear seus poderes com a aprovação de legislação mais detalhada. Nesse sentido, o que faria a diferença seria a capacidade do órgão legislativo. Mudanças na capacidade do Congresso influenciam a forma como o presidente recorre a ordens executivas ao longo do tempo. Posto de outra forma: a capacidade de exercer a faculdade de impedir.

O (ii) controle pelo Congresso visando a revogação de uma ordem executiva é variável. Antes de 1945, o Congresso tinha pouca capacidade de fazer face ao conhecimento do governo e assim, o presidente recorria ao instrumento para contornar um parlamento hostil à sua agenda legislativa. Com a profissionalização, aumento de funcionários e do orçamento congressional, criam-se condições para que os textos votados possam limitar a discricionariedade do presidente e aumentar a supervisão, restringendo-o no uso das ordens executivas. A elaboração de políticas públicas por esse mecanismo depende não somente das diferenças ideológicas entre presidente e Congresso, mas também da habilidade de atuação do parlamento como contrapeso efetivo⁴²⁶.

O presidente Clinton, por exemplo, emitiu uma proclamação transferindo terras do governo federal para a criação de um monumento em Utah em 1996, diante dos debates infrutíferos e dificuldade de deliberação do Congresso em torno do projeto de lei para esse

⁴²⁴ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000, p. 709.

⁴²⁵ Disponível em: <<http://usgovinfo.about.com/od/thepresidentandcabinet/a/Presidential-Executive-Orders.htm>>. Acesso em: 16jun.2018.

⁴²⁶ BOLTON, Alexander; THROWER, Sharece. Legislative Capacity and Executive Unilateralism. *American Journal of Political Science*, v. 60, n.3, p. 649-663, 2016, p. 661-2.

fim. A reação da Câmara foi o cerceamento da iniciativa, com a aprovação de lei determinando um limite acima do qual o presidente, para efetivar a transferência, precisa de autorização do Congresso e acordo do governo estadual. A proposta foi derrubada no Senado, o que ilustra que, embora o legislativo possa remediar a iniciativa do presidente, sua reversão pode ser bastante trabalhosa⁴²⁷.

O Congresso pode emendar, ampliar, revogar, anular ou codificar uma ordem executiva, assim como a Suprema Corte pode se manifestar sobre a competência do presidente em disciplinar a matéria nela contida, embora seja baixo o índice de contestação⁴²⁸. O legislativo e o judiciário representam ameaças concretas para o presidente, para quem o desafio é identificar situações nas quais é baixa a possibilidade de reversão do seu decreto e aproveitá-las para definir políticas públicas que tomariam configuração distinta se passassem pelo processo legislativo⁴²⁹.

As estatísticas mostram números muito baixos de reversão das ordens executivas: menos de 4% pelo Congresso, sem dados do judiciário, o que denota o seu sucesso como forma de legislar. A reversão legislativa é baixa porque significa aprovação de lei que será submetida ao presidente e, assim, pode significar veto e posterior superação do veto⁴³⁰.

Embora representem amplos poderes, as ordens executivas são instrumentos normativos frágeis por duas razões. Primeiro, obrigam somente à própria administração federal. Com valor de lei limitado à administração, são frágeis do ponto de vista da segurança jurídica, mas são referência para as cortes como fonte de direito. Segundo, podem ser facilmente revertidas pelo próximo presidente, especialmente aquelas que estabeleceram políticas nas quais há grande discordância.

⁴²⁷ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 106.

⁴²⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. As Ordens Executivas no Presidencialismo Norte-Americano. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 138, p. 13-27, jun. 2015.

⁴²⁹ HOWELL, William G. Executives: the American Presidency. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 303-322, p. 315.

⁴³⁰ CHU, Vivian; GARVEY, Todd. *Executive Orders: Issuance, Modification, and Revocation*. Relatório. Washington: Congressional Research Service, 2014. Disponível em: <http://assets.opencrs.com/rpts/RS20846_20100325.pdf>. Acesso em: 20dez.2018, p. 9.

Funcionam enquanto são aceitas e toleradas pelos demais poderes: legislativo e judiciário. Em temas delicados, a posição do Congresso pode ser deixá-la inalterada e sem contestação, caso esteja de acordo em linhas gerais e queira evitar o custo político de abordar o tema. Alternativamente, pode ocorrer a reversão da medida, seja no próprio parlamento, seja pelas cortes.

A competência elástica das ordens executivas, que permitem estender o poder regulamentador do presidente e criar obrigações legais mesmo sem claras delegações pontuais, representa compartilhamento da função de legislar apesar do modelo de separação de poderes, com ênfase na transferência e controle a posteriori para reversão.

2.3.3 A transferência completa com as *ordonnances* francesas

No sistema francês, a delegação legislativa ocorre pontualmente e representa transferência quase completa da função de legislar. São normas elaboradas pelo governo que dependem do parlamento para receber valor e eficácia de lei. Estão sujeitas, portanto, ao controle político do legislativo e ao controle jurisdicional.

As *ordonnances* são o instrumento pelo qual o governo solicita plena capacidade de legislar. Representa compartilhamento da função de legislar (i) inscrita constitucionalmente; que exige autorização prévia e ratificação posterior do parlamento; (ii) dotada de valor jurídico particular e, conseqüentemente, sujeita a controle jurisdicional. Seu (iii) uso tem crescido nos últimos anos, sujeito a críticas como instrumento de legiferação unilateral pelo governo diante da (iv) baixa capacidade do parlamento intervir no seu conteúdo.

As *ordonnances* estão (i) previstas constitucionalmente (CFr, art. 38) e não há nenhum domínio específico ou restrito para sua emissão, que somente será definido na própria lei de habilitação. O presidente deve solicitar autorização especial para legislar, isto é, emitir atos em assuntos que correspondem ao domínio material da lei estabelecido na constituição e, depois, deve solicitar a ratificação pelo parlamento das *ordonnances* emitidas, o que lhes dará valor e eficácia completa de lei.

O primeiro passo é, portanto, o depósito de um projeto de lei de habilitação especificando a matéria, a finalidade das medidas e dos domínios de intervenção. A lei autorizadora determina o escopo e o prazo da autorização para a emissão de *ordonnances*.

Essa lei deve obrigatoriamente apontar o período durante o qual o governo pode emitir *ordonnances* e prever uma data de depósito do projeto de lei de ratificação. Uma só lei pode corresponder à autorização de várias *ordonnances*, pois é o governo que definirá a estratégia de implementação.

Pela habilitação, matérias do campo exclusivo do legislativo, i. e., domínio da lei, são delegadas ao governo mediante justificativa política: por incapacidade de criar acordo interno ou para deixar um tema exclusivamente sob responsabilidade do presidente, eximindo-se o parlamento da participação no processo⁴³¹.

O projeto de lei que demanda a autorização para emissão de *ordonnances* está sujeito aos procedimentos regulares de tramitação. A jurisprudência passou a considerar, inclusive, a necessidade de apresentação do estudo de impacto junto com o projeto de lei de habilitação⁴³². Contudo, a jurisprudência também admite procedimento diverso, com a habilitação por meio de emendas em leis ordinárias, desde que apresentadas pelo governo, o que se torna um meio de contornar a apresentação do estudo de impacto⁴³³. Ainda assim, apenas o governo pode solicitar a habilitação, seja por projeto de lei específico ou emenda em outro projeto⁴³⁴.

Dessa forma, além da autorização não precisar se dar em lei exclusiva, ela pode ser feita por emenda. A prática, portanto, particularmente desde 2001, é a introdução de artigo dentro de lei ordinária⁴³⁵, recurso aceito pelo Conselho Constitucional desde que fruto de emenda do próprio governo, dado que a ele cabe a iniciativa de pedir autorização⁴³⁶.

A habilitação concedida tem, habitualmente, duração limitada entre três e seis meses e exclui matéria de lei orgânica, a lei de finanças e do financiamento da seguridade social e emendas constitucionais⁴³⁷. Em casos excepcionais, o governo pode obter até dois anos de

⁴³¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 279.

⁴³² CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 200.

⁴³³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 2006-534 DC, 16 de março de 2006, Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de minima sociaux, considerando 5.

⁴³⁴ FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 912.

⁴³⁵ PORTELLI, Hugo. Les ordonnances : les raisons d'une dérive. *Droits*, n. 44, 2007, p. 5.

⁴³⁶ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 317.

⁴³⁷ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris : Seuil, 2017, p. 200.

habilitação⁴³⁸. A habilitação permite limitar a margem de manobra do governo e funciona, portanto, como um controle⁴³⁹.

Uma vez autorizado, o governo elabora o texto da *ordonnance*, ou vários textos, que deve ser aprovado em Conselho de Ministros e submetido à assinatura do presidente (Cfr, art. 13). A obrigatoriedade de assinatura do presidente é contestada por parte da doutrina e gerou debates acalorados pró e contra⁴⁴⁰, motivados pelo episódio de recusa do presidente François Mitterrand em assinar *ordonnances* durante a coabitação, justificada inclusive com argumentos extraídos da decisão do Conselho Constitucional sobre a contestação da lei de habilitação⁴⁴¹. A possibilidade de recusa de assinatura é implicitamente admitida em decisões proferidas pelo Conselho Constitucional diante da autonomia do presidente em relação ao governo.

Para além das *ordonnances* do art. 38, existem outras: as do art. 74-1, exclusiva para os departamentos franceses de além-mar; as que se substituem às leis de finanças e de financiamento da seguridade social e possuem rito específico; e as do art. 92, que foram disposições constitucionais transitórias. Ambas significam, igualmente, transferência do poder de legislar com menos requisitos de participação do órgão legislativo.

No caso das *ordonnances* para a adoção de medidas nas coletividades de além-mar e Nova Caledônia (art. 74-1), o governo procede à extensão da validade das leis em vigor no território francês ou à adaptação das leis já vigentes nos territórios de além-mar. A emissão é

⁴³⁸ PORTELLI, Hugo. Les ordonnances: les raisons d'une dérive. *Droits*, n. 44, 2007, p. 6.

⁴³⁹ MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 701.

⁴⁴⁰ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 377; COHENDET, Marie-Anne. *Droit constitutionnel*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, p. 578; FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18ª ed. Paris: Hachette, 2015, p. 84 ; BERGOUIGNOUS, Georges. La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible ? In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: Constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 25-42, p. 3; GUILLAUME, Gilbert. Les dysfonctionnements de la V^e République: une dyarchie virtuelle au sein de l'exécutif In *Mélanges Patrice Gélard*. Paris: Montchrestien, 1999, p. 161-168, p. 166; FOURNIER, Jacques. Politique gouvernementale: les trois leviers du Président. *Pouvoirs*, n. 41, p. 63-74, 1987, p. 68; TROPER, Michel. La signature des ordonnances : fonctions d'une controverse, *Pouvoirs*, n. 41, p.75-91, 1987.

⁴⁴¹ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p. 124.

precedida de parecer das assembleias locais, dispensa a lei de autorização e tem validade de 18 meses. É um procedimento menos rígido que o do art. 38.

Excepcionalmente, o governo também pode utilizar a *ordonnance* para questões orçamentárias (art. 47 e 47-1). Caso o parlamento não se pronuncie nos prazos constitucionais sobre o projeto de lei de finanças e o projeto de financiamento da seguridade social, o governo pode recorrer às *ordonnances* para colocar em vigência tais projetos, recurso jamais utilizado⁴⁴².

As *ordonnances* do art. 92 foram tipo especial utilizado no início da V República, fundamental para o estabelecimento das instituições do novo regime. Elas já nasciam com força de lei e constituíram autorização temporária em prol do governo provisório para organizar o aparato estatal. Por meio delas foram definidas regras eleitorais, de funcionamento das assembleias, do Conselho Constitucional e organização das finanças públicas, por exemplo. As cerca de 300 *ordonnances* emitidas sob o art. 92 dispuseram sobre matérias de lei orgânica e de lei ordinária, e sofreram quase nenhum controle de constitucionalidade⁴⁴³.

Um verdadeiro arsenal jurídico colocando as bases do novo regime sem controle parlamentar, pois não se previa nenhuma ratificação, nem jurisdicional, pois o Conselho Constitucional ainda não estava instalado. Entre elas, foram retomados projetos de lei não aprovados, algumas poderiam aguardar a reunião das assembleias para serem discutidas, outras ratificaram decretos-leis que deveriam, a rigor, serem ratificados pelo parlamento, e 24 foram leis orgânicas, construindo um edifício jurídico considerável que abarca, entre outros pontos, a reorganização econômica e financeira do Estado e as grandes reformas administrativas – hospitais, expropriações, urbanismo, cooperação comunitária, estatuto dos funcionários⁴⁴⁴.

⁴⁴² VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris, PUF, 2015, p. 378.

⁴⁴³ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

⁴⁴⁴ LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances: la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 25-27; LEBOS-LE POURHIET, Anne-Marie. In DUHAMEL, O. e MÉNY, Y. (org). *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, p. 679.

As *ordonnances* do art. 92 eram desde a origem atos legislativos como são os decretos-lei. Não eram precedidas de nenhuma lei de habilitação, visto que esta estava dada constitucionalmente, e não se exigia nenhuma condição de urgência, apenas o prazo para emissão estava definido. Algumas delas foram posteriormente submetidas ao procedimento de desclassificação de lei para regulamento previsto pelo art. 37, al. 2, o que permite sua alteração no nível infralegal⁴⁴⁵.

Até hoje leis importantes do ordenamento jurídico francês, como a que trata do sistema de saúde, são vigentes mediante a aplicação do art. 92, inclusive a lei orgânica do próprio Conselho Constitucional.

Exceto esses casos especiais, o padrão para as *ordonnances* do art. 38 é a necessidade de ratificação pelo parlamento.

A lei de ratificação, em si, não é obrigatória. A obrigatoriedade repousa somente sobre o depósito do projeto de ratificação pelo governo, no prazo determinado, não sua inscrição na ordem do dia ou votação⁴⁴⁶. Findo o prazo de habilitação, mas não ultimada a votação, a medida permanece vigente com o seu caráter original de ato regulamentar, tendo em vista a autoridade que o emitiu. Dessa forma, as disposições de caráter regulamentar podem ser alteradas por meio de regulamentos, e as disposições de caráter legislativo, que tratam de matéria do domínio da lei, só podem ser alteradas por uma lei. Tal separação pode ser mais ou menos evidente.

Além disso, a ratificação não possui prazo para ocorrer. Uma *ordonnance* pode permanecer longo período aguardando ratificação. Ainda assim, o índice de ratificação expressa vem aumentando: foram 91 *ordonnances* entre 1960 e 2000, e 96 entre 2001 e 2006⁴⁴⁷. De 1984 a 2003, 24 leis de ratificação foram votadas permitindo a ratificação expressa de 98 *ordonnances*, o equivalente a 63% do total publicado no período⁴⁴⁸. Ao final de 2010, o

⁴⁴⁵ FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014, p. 459-460.

⁴⁴⁶ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 377; CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick; GICQUEL, Jean (org). *La révision de 2008: une nouvelle constitution ?* Paris: LGDJ, 2011; PORTELLI, Hugo. Les ordonnances: les raisons d'une dérive. *Droits*, n. 44, 2007.

⁴⁴⁷ PORTELLI, Hugo. Les ordonnances: les raisons d'une dérive. *Droits*, n. 44, 2007, p. 4.

⁴⁴⁸ FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 915.

estoque de *ordonnances* acusava 600 ratificadas e não ratificadas, e 2.016 leis promulgadas⁴⁴⁹, excluindo as leis de autorização, em uma proporção de uma *ordonnance* para 3,3 leis.

Curiosamente, a ratificação expressa, quando ocorre, é realizada cada vez mais por um projeto de lei diferente do projeto de lei de ratificação depositado conforme o requisito constitucional, que passa a ter apenas a função de evitar a caducidade da *ordonnance*. Sua principal vantagem é a segurança jurídica que traz ao conceder o valor de lei e não necessita ser individual: uma mesma lei pode ratificar diversas *ordonnances*⁴⁵⁰. A partir de 2001, tal procedimento se consolida com três leis adotadas em 2003 e 2004 ratificando, respectivamente 5, 23, e 42 *ordonnances*⁴⁵¹. Há caso de uma única lei de 21 de fevereiro de 2007 ratificar 29 *ordonnances*, 25 emitidas com base no art. 38⁴⁵². É comumente por via de emenda, seja do governo ou parlamento, que sobrevém a ratificação⁴⁵³.

A questão da ratificação está intimamente ligada ao (ii) valor jurídico particular das *ordonnances* e à forma de controle.

As *ordonnances* permanecem com caráter de ato administrativo regulamentador até sua ratificação pelo parlamento, embora plenamente vigentes e aplicáveis desde sua publicação. A ratificação é essencial para dar o valor de lei às *ordonnances*. Antes da ratificação e durante o período designado pela habilitação, o governo pode retificar o texto. Uma vez expirado o prazo de habilitação, apenas uma lei pode alterar os dispositivos afeitos à esfera de competência do poder legislativo, ao passo que as matérias de caráter regulamentador e que integrem a *ordonnance* podem continuar sendo alteradas por decreto.

⁴⁴⁹ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

⁴⁵⁰ CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick ; GICQUEL, Jean (org). *La révision de 2008: une nouvelle constitution ?* Paris: LGDJ, 2011. p. 176.

⁴⁵¹ LEROYER, Séverine. *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*. Paris: Dalloz, 2011, p. 449.

⁴⁵² CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick; GICQUEL, Jean. *La révision de 2008: une nouvelle Constitution?* Paris: LGDL, 2011, p. 176.

⁴⁵³ COLLIARD, Jean-Claude. Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? In *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*. Paris: Dalloz, 2009, p. 121-135, p. 127.

Embora a *ordonnance* possa ser considerada apenas extensão temporária do poder regulamentador e não uma delegação legislativa, tal distinção é apenas de cunho formal, com base na autoridade emitente.

O fato de que após a ratificação só possam ser alteradas por decreto, nas partes em que não forem do domínio da lei, se submetidas ao procedimento de deslegalização, ou desclassificação do conteúdo pelo Conselho Constitucional⁴⁵⁴ apenas reforça a ficção jurídica de seu caráter regulamentador, fruto da tradição francesa que resiste em admitir o exercício do poder de legislar pelo governo.

Quer queira, quer não, são textos vocacionados a possuir valor legislativo⁴⁵⁵. Contudo, considerados, na origem, uma extensão temporária do poder regulamentador⁴⁵⁶. São atos formalmente regulamentares, porém materialmente legislativos, que supõem uma habilitação e, posteriormente, uma ratificação⁴⁵⁷. São atos administrativos apenas fictícios e se assemelham muito mais a leis, haja vista que um ato apto a modificar ou revogar uma lei, e que só pode ser modificado ou revogado por uma lei, possui o valor de uma lei⁴⁵⁸.

O duplo caráter da *ordonnance*, ato administrativo e ato legislativo, implica também dupla jurisdição de controle: antes da ratificação, a *ordonnance* deve ser examinada pelo Conselho de Estado, como todos os atos a serem propostos pelo governo. Uma vez publicado na imprensa oficial, o ato pode ser objeto de questionamento de excesso de exação junto ao Conselho de Estado. Se o Conselho não emitir a decisão antes da ratificação pelo parlamento, ele se torna incompetente para julgar, pois o texto assume valor de lei com efeito retroativo, o que afasta a jurisdição administrativa, que não tem ingerência em medidas de domínio

⁴⁵⁴ LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances : la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 104 ; DRAGO, Guillaume. Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, v.1 , jan. 2006, p.7. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 18dez.2015; MATHIEU, Bertrand. *Les validations législatives*. Paris: Economica, 1987, p. 58.

⁴⁵⁵ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 375.

⁴⁵⁶ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 767; FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014, p. 461.

⁴⁵⁷ CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick ; GICQUEL, Jean (org). *La révision de 2008: une nouvelle constitution ?* Paris: LGDJ, 2011, p. 173; MONTALIVET, Pierre de. La ratification des ordonnances. *Petites affiches*, n. 254, 19 décembre 2008, p. 59.

⁴⁵⁸ BÉCHILLON, Denys de. La vraie nature des ordonnances. In *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009, p. 208-215, p. 214-215.

legislativo, eliminando possível contencioso administrativo ou ordinário⁴⁵⁹. Doravante, a jurisdição é do Conselho Constitucional, que pode ser questionado após a ratificação⁴⁶⁰.

O fato de muitas *ordonnances* não serem ratificadas as mantém sob a tutela do Conselho de Estado, mas apenas quanto ao respeito ao objeto e ao prazo estabelecido na lei de habilitação. Essa instância, eminentemente administrativa, não possui jurisdição sobre questões de constitucionalidade.

A superveniência de lei alterando *ordonnance* era tida, antes da revisão constitucional de 2008, como ratificação implícita. Bastava que qualquer lei votada pelo parlamento referenciasse ou modificasse uma *ordonnance* que esta era tida como ratificada. Também poderia ocorrer pela aprovação de lei em domínio idêntico ao de uma *ordonnance*⁴⁶¹. Tal situação era precária do ponto de vista da segurança jurídica, pois tinha consequências também para a jurisdição, que se mantinha administrativa⁴⁶².

Estimulada sobretudo pelo Conselho de Estado⁴⁶³, a ratificação implícita foi uma criação jurisprudencial, com o juiz causando o efeito de ratificação, não o legislador, com o objetivo de remediar uma anomalia na hierarquia das normas⁴⁶⁴. Só podia ser determinada com certeza após a manifestação do juiz⁴⁶⁵, seja administrativo, seja constitucional. No momento de votação de uma lei, poderia sequer ser percebido o efeito de ratificação⁴⁶⁶, caso a referência normativa fosse indireta.

⁴⁵⁹ MATHIEU, Bertrand. *Les validations législatives*. Paris: Economica, 1987, p. 59.

⁴⁶⁰ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14^a ed. Paris: Seuil, 2017, p. 200-201.

⁴⁶¹ BEZZINA, Anne-Charlène; VERPEAUX, Michel. *Textes constitutionnels et politiques*. Paris: PUF, 2018, p. 380.

⁴⁶² MORABITO, Marcel. *Histoire Constitutionnelle de la France*. 13^a ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 497.

⁴⁶³ MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA- Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 700; 720.

⁴⁶⁴ LETHUILLIER, Guillaume. La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. *Petites Affiches*, n. 212, p. 9, 23 octobre 2009.

⁴⁶⁵ MONTALIVET, Pierre de. La ratification des ordonnances. *Petites affiches*, n. 254, 19 décembre 2008, p. 59.

⁴⁶⁶ COLLIARD, Jean-Claude. Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? In *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*. Paris: Dalloz, 2009, p. 121-135, p. 128.

Uma *ordonnance* implicitamente ratificada não pode ser anulada pela via jurisdicional nem pode ser controlada pelo Conselho Constitucional, visto que não foi consultado sobre a lei de ratificação e que só pode controlar as *ordonnances* expressamente ratificadas⁴⁶⁷.

A situação era bastante conveniente para o governo que, com controle da maioria e da ordem do dia, podia cumprir com a obrigação do depósito do projeto de lei e, ao mesmo tempo, trabalhar para que esse projeto não fosse votado pelo parlamento. Caso fosse necessário alterar um dispositivo de uma *ordonnance* após exaurido o prazo de habilitação, o governo poderia trabalhar com dispositivo autônomo em outro projeto de lei. Com essa estratégia, é possível conferir valor de lei ao texto original sem colocá-lo inteiramente sob escrutínio do legislativo.

Quando se admitia a ratificação implícita, uma das consequências poderia ser a ratificação incidental, uma vez que o regramento da *ordonnance* fosse considerado na lei aprovada pelas assembleias. Com a obrigatoriedade da ratificação expressa a partir de 2008, esse risco deixa de existir. Seja como for, a superveniência de legislação em domínio já abordado vai depender do interesse parlamentar em torno dessa discussão, dado que para o governo é mais conveniente o congelamento da *ordonnance*.

Não obstante, a ratificação implícita, quando feita pelo Conselho Constitucional, também servia para chamar o controle, pois a declaração judicial de ratificação por outra lei implicava também a análise de constitucionalidade do texto original da *ordonnance*⁴⁶⁸.

As leis de habilitação e de ratificação estão sujeitas ao controle do Conselho Constitucional. A primeira, entretanto, é vazia de conteúdo material, e concentra-se no grau de liberdade concedido ao governo. A segunda implica exame indireto do conteúdo da *ordonnance*: o Conselho intervém apenas quando do controle da lei de ratificação, e por isso

⁴⁶⁷ LETHUILLIER, Guillaume. La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. *Petites Affiches*, n. 212, p. 9, 23 octobre 2009.

⁴⁶⁸ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 125.

é aleatório, pois depende da aprovação da lei de ratificação⁴⁶⁹ e da solicitação de uma das partes legitimadas constitucionalmente para acionar a jurisdição constitucional.

A partir da metade dos anos 80, a jurisprudência vai no sentido de colocar mais requisitos nos limites da habilitação, o que colabora, inclusive, para dar mais precisão à atuação do Conselho de Estado⁴⁷⁰ no controle administrativo. Tendo em vista que este não pode atuar em relação às normas constitucionais, mas somente diante das especificações da própria lei de habilitação, a jurisprudência do Conselho Constitucional, com a necessidade de designação dos itens na lei de habilitação, tem o efeito de circunscrever o controle administrativo⁴⁷¹. Em consequência, o Conselho de Estado costuma levar em conta as reservas de interpretação das decisões do Conselho Constitucional quando confrontado com a mesma *ordonnance*⁴⁷².

O (iii) recurso às *ordonnances* tem crescido nos últimos anos, sujeito a críticas como instrumento de legiferação unilateral pelo governo diante da baixa capacidade do parlamento intervir no seu conteúdo mediante emenda.

Até o início dos anos 2000, as *ordonnances* permaneceram pouco utilizadas, quando começam a despontar como importante fonte normativa, especialmente a partir do programa de simplificação do direito. Na ocasião foram alteradas cerca de trinta leis e uma quinzena de códigos, com respaldo do Conselho Constitucional⁴⁷³, que viu a necessidade diante da superlotação da ordem do dia.

O primeiro uso em tema de política pública remonta a 1981, para estabelecimento da nova política social. A lei de habilitação enumerava nove objetivos, alguns específicos como a semana de 35h de trabalho a partir de 1985, e outros imprecisos. Tal imprecisão significa que o governo quer autonomia para agir livremente, tanto no nível dos princípios legislativos

⁴⁶⁹ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 656.

⁴⁷⁰ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 132.

⁴⁷¹ FAVOREU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988, p. 95-96.

⁴⁷² LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances: la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 86.

⁴⁷³ Vide Décision 2003-473 DC de 26 de junho de 2003 - *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

quanto na execução, bastante intrincados, visando elaborar uma política coerente com a qual sua maioria deverá se submeter ou demiti-lo, o que é pouco provável⁴⁷⁴.

Nos últimos dez anos, o uso das *ordonnances* tem sido frequente e banalizado: entre 1960 e 2003, foram 35 leis de habilitação; de 2004 a 2013, foram 357 em matérias variadas – direito civil, comercial, rural, social, imobiliário, monetário e financeiro; o ponto de inflexão foi entre 2003 e 2004⁴⁷⁵, coincidente com a revisão constitucional que criou o art. 74-1. Antes, entre 1990 e 2002, 70 % das *ordonnances* referiam-se às coletividades de além-mar, isto é, tinham domínio e *locus* limitado⁴⁷⁶. Embora numerosas, parte das habilitações não é usada pelo governo⁴⁷⁷.

O prazo de habilitação acordado ao governo alonga-se à medida que aumentam as próprias habilitações: entre 1984 e 2001, ele variava entre três e nove meses; entre 2002 e 2003 é, em média, de um ano; e em 2004 varia consideravelmente, indo de seis meses a dois anos⁴⁷⁸.

Em 2004, 55% dos textos adotados pelo parlamento foram *ordonnances*⁴⁷⁹. Entre 2000 e 2004, foram emitidas 130 *ordonnances* e ratificadas 84. Entre 2007 e 2012, 159 *ordonnances* foram adotadas; entre 2012 e 2017, foram 235 somando as *ordonnances* dos art. 38 e 74-1⁴⁸⁰.

Nos primeiros trinta anos de uso, entre 1960 e 1990, foram adotadas 25 leis de habilitação que originaram 158 *ordonnances* em domínios bem diferentes, e cerca de 30 ratificadas. A partir dos anos 1990, aumenta-se o uso, sobretudo para atualizar as leis nos

⁴⁷⁴ MESNARD, A-H. *Ordonnances, lois d'orientation ou lois cadres ?* *Revue du droit public*, n. 4, p. 1073-1080, jul./ago. 1982, p. 1075-6.

⁴⁷⁵ SAUVÉ, Jean-Marc, *La législation déléguée - Journée d'étude du 6 juin 2014*. Paris: Société de Législation Comparée, 2014, p. 9.

⁴⁷⁶ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

⁴⁷⁷ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 319.

⁴⁷⁸ DRAGO, Guillaume. Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, v.1, jan. 2006, p.7. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 18dez.2015.

⁴⁷⁹ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 772.

⁴⁸⁰ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 203.

territórios de além-mar. A tendência se intensifica e, entre 2004 e 2013, foram 357, isto é, em dez anos, emitiu-se duas vezes e um terço mais *ordonnances* que nos vinte anos anteriores⁴⁸¹.

A produção legislativa francesa é, em média, de 52 leis promulgadas por ano desde 2012, excluindo leis de ratificação de convenções internacionais. O cálculo das habilitações concedidas ao governo no mesmo período não é sintetizado, sendo feito apenas o acompanhamento do uso das habilitações caso a caso. Como a habilitação não significa obrigatoriedade de emanação, o governo, por diferentes razões, por vezes deixa de emitir uma *ordonnance* autorizada. Em um dos casos, o governo desistiu da emissão da norma em prol da aprovação de artigo em lei com os mesmos fins: tratava-se de regime fiscal transitório para regularização fundiária no território de Mayotte. Entre 2016-2017, foram promulgadas 48 leis e publicadas 81 *ordonnances*⁴⁸².

Porém, o crescimento não é constante. Entre 2012 e 2013, apenas três habilitações foram concedidas: para reformas no sistema de habitação, para simplificação da relação com o cidadão, e simplificação das exigências administrativas sobre as empresas⁴⁸³. Contudo, essas três habilitações implicam domínios amplos e que se refletiram em múltiplas *ordonnances*. A tendência desde 2017 é novo crescimento com a agenda de reformas do governo: apenas para a reforma do Código de Trabalho foram cinco, extensas, usadas pelo governo de Édouard Philippe para acelerar o debate parlamentar, inserindo a prática como mais um instrumento do parlamentarismo racionalizado para controlar a participação da assembleia⁴⁸⁴.

A delegação de competência por *ordonnance* traz vantagens e desvantagens. Pelo lado positivo, ela permite responder às exigências de ação rápida, à tecnicidade de algumas medidas e ao repúdio do legislador em tomar certas medidas⁴⁸⁵, sendo usada por todos os governos, em maior ou menor grau.

⁴⁸¹ FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21ª ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 911.

⁴⁸² FRANÇA. Sénat. *Bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2018*. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r17-510/r17-510_mono.html>. Acesso em: 4dez.2018, p. 19; 27-29.

⁴⁸³ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

⁴⁸⁴ BEZZINA, Anne-Charlène; VERPEAUX, Michel. *Textes constitutionnels et politiques*. Paris: PUF, 2018, p. 381.

⁴⁸⁵ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 315; RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 118; MATHIEU, Bertrand. *Les rôles respectifs du Parlement*,

Mesmo adquirindo força de lei somente após a ratificação pelo parlamento, produzem efeitos legais concretos desde o início, e podem ser vistas também como projetos de lei de eficácia antecipada, assim como as medidas provisórias. Com a diferença que não perdem a validade por não terem sido votadas. São, em certa medida, similares à prática brasileira antes da EC 32: editadas pelo governo, não convertidas pelo legislativo, indefinidamente vigentes.

Em perspectiva crítica, as *ordonnances* são exatamente como projetos que se tornam diretamente leis: geralmente são textos defeituosos, com problemas que só se revelam posteriormente, trazidos por um parlamentar, diante dos contenciosos causados, esquecidos pelos que a redigiram em seus escritórios. Por isso, só devem ser utilizadas com moderação, o que não existe na prática, sendo inquietante a forma de partilha de tarefas pela qual o parlamento se desfaz de temas sérios para conservar aqueles que considera os mais rentáveis. A fabricação de normas escorrega das mãos do poder legislativo, que justifica cada vez menos essa denominação⁴⁸⁶.

O art. 38 é feito para dar ao governo os meios de governar apesar da maioria reticente: é uma arma constitucional ortopédica, entre outras⁴⁸⁷. É uma válvula de segurança destinada a evitar um bloqueio do mecanismo normativo e, portanto, da via política, com o acordo do parlamento e do Conselho Constitucional⁴⁸⁸. Permite ao governo realizar reformas importantes com controle parlamentar limitado ou quando não possui maioria muito sólida, correspondendo a uma derrogação da repartição de competências⁴⁸⁹.

Elas dotam o governo francês de grande autonomia normativa e servem tanto para superar a inércia e lentidão do processo legislativo ordinário quanto para limpar a pauta de votações como no caso da transposição de diretivas europeias.

du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA- Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 700.

⁴⁸⁶ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*, 14^a ed. Paris: Seuil, 2017, p. 203-204.

⁴⁸⁷ MESNARD, A-H. Ordonnances, lois d'orientation ou lois cadres ? *Revue du droit public*, n. 4, p. 1073-1080, jul./ago. 1982, p. 1074.

⁴⁸⁸ FAVOREU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988, p. 129.

⁴⁸⁹ MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 700.

Nos últimos anos, crescem como o principal modo de legislação do governo⁴⁹⁰. A justificativa principal dada pelo governo sobre o recurso às *ordonnances* é a urgência e a saturação da ordem do dia, sendo que ele mesmo detém amplo domínio da ordem do dia. As assembleias resistem fracamente, já acostumadas com o mecanismo para transposição das diretivas europeias, não reagem quando as *ordonnances* começam a avançar verdadeiramente no domínio da lei, como no caso de reformas de direito civil, havendo, inclusive, parlamentares que colaboram com a elaboração do texto pelo governo. As *ordonnances* são, portanto, a caricatura da onipotência legislativa do governo, sinônimo de decadência da lei, tanto formal quanto material, que o juiz constitucional denuncia sem coragem de combater verdadeiramente⁴⁹¹.

A urgência é assunto controverso na justificativa de demanda de autorização para emitir *ordonnances*. No acompanhamento periódico feito pelo Senado, uma das críticas é que o tempo de ação do governo não corresponde à urgência alegada pois, entre o depósito da solicitação de habilitação e a emissão da *ordonnance*, o tempo médio é de 571 dias, três vezes superior ao tempo médio do trâmite de uma lei aprovada⁴⁹². Em outros casos, a urgência das *ordonnances* é verificada em todas as etapas: desde a lei de habilitação aprovada em procedimento acelerado, com a publicação completa das medidas habilitadas, e ratificação na sequência⁴⁹³.

Sozinhas, as *ordonnances* já implicam poder considerável ao governo, porém nem sempre é fácil aprovar uma habilitação. Por isso as habilitações podem aparecer por via de emenda em projeto já em tramitação, o que dilui a discussão. Em casos extremos, o governo adiciona os mecanismos de aceleração do processo legislativo para conseguir a aprovação. Tal recurso evidencia, por si só, que o tema a ser tratado é politicamente sensível. O que estimulará o aumento do prazo de habilitação e, no futuro, a falta de pressa na ratificação.

⁴⁹⁰ CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick ; GICQUEL, Jean (org). *La révision de 2008: une nouvelle constitution ?* Paris: LGDJ, 2011. p. 178.

⁴⁹¹ PORTELLI, Hugo. Les ordonnances: les raisons d'une dérive. *Droits*, n. 44, 2007, p. 7.

⁴⁹² FRANÇA. Sénat. *Bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2018*. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r17-510/r17-510_mono.html>. Acesso em: 4dez.2018, p. 27-28.

⁴⁹³ FRANÇA. Sénat. *Rapport annuel sur l'application des lois*. Bilan de l'année parlementaire 2012-2013 et perspectives nouvelles. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r13-623/r13-623_mono.html#toc25>. Acesso em: 4dez.2018, p. 106.

Em último caso, o governo combina o engajamento da responsabilidade do governo em torno de uma habilitação a emitir *ordonnances* e coloca os parlamentares diante da escolha entre abandonar as prerrogativas essenciais nas mãos do governo ou derrubá-lo e enfrentar na sequência uma dissolução⁴⁹⁴.

Nunca o parlamento recusou uma habilitação: em um dos momentos mais tensos, o governo obteve, por engajamento do voto de confiança, após um périplo de procedimento acelerado e voto bloqueado, a autorização para dispor por *ordonnances* sobre a reforma da proteção social em 1995⁴⁹⁵.

Uma das principais críticas é a (iv) baixa capacidade do parlamento intervir no conteúdo, isto é, exercer o controle, mesmo diante do impacto das decisões tomadas por *ordonnances* no ordenamento jurídico. Justificadas primeiramente pela facilidade e conveniência para transposição de diretivas europeias, que não podem ser efetivamente alteradas no parlamento, e posteriormente pela necessidade urgente de aprovar normas, elas vêm se transformando em alternativa real ao processo legislativo. Ainda que o governo francês seja altamente equipado com os mecanismos do parlamentarismo racionalizado, que podem ser manejados para aprovação acelerada de leis, a *ordonnance* oferece uma escapatória às emendas, permitindo ao executivo legislar autonomamente.

O recurso da *ordonnance* tem sido cada mais utilizado, com média atual de nove por ano, à despeito das amplas prerrogativas governamentais no controle da agenda legislativa, pois permite ganhar tempo para resolver um problema considerado urgente e evitar a obstrução pela oposição. Também evita emendas que poderiam desnaturar o projeto, fazendo a mesma função do voto bloqueado. É uma forma cômoda para transposição das diretivas europeias, que possuem pouca margem de alteração⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 435.

⁴⁹⁵ LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances: la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 66.

⁴⁹⁶ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017, p. 771-772.

Mais do que isso, como foram fruto de habilitação ampla, o governo pode modificar profundamente blocos inteiros de legislação sem verdadeiro controle do parlamento, ainda que o processo de ratificação seja conforme a constituição⁴⁹⁷.

Teoricamente, o parlamento poderia exercer o controle sobre as *ordonnances* por meio de emendas. Primeiro com relação à amplitude da delegação; segundo com relação à alteração do texto, isto é, emendamento com vistas ao aprimoramento. A delegação pode ser trabalhada durante a discussão da lei de habilitação, e o emendamento no momento da lei de ratificação.

As emendas à lei de habilitação só podem dispor pela redução material e temporal do pedido feito pelo governo. São, portanto, exclusivamente restritivas. Sendo uma lei vazia de conteúdo legislativo real, tal limitação cerceia apenas o poder de legislar temporário do próprio governo, dado que o parlamento guarda sua prerrogativa de legislar concorrentemente no domínio autorizado na delegação.

Pela natureza da lei de habilitação, o procedimento acomoda mal o direito de emenda, sendo as decisões do Conselho Constitucional fundamentais para ampliar teoricamente o campo do direito de emenda. A habilitação pode comportar textos mais longos e precisos, aproximando-a de uma lei-quadro, termo não reconhecido pela constituição. No momento, entretanto, as emendas nessa fase são fruto de iniciativa do próprio governo. O parlamento possui poucas chances reais de modificar os projetos de lei de habilitação⁴⁹⁸.

Quanto às emendas no momento da ratificação, estas são de fato modificativas, mas pouco comuns: das 34 *ordonnances* ratificadas pela Lei nº 2004-1343 de 9 de dezembro de 2004 de simplificação do direito, por exemplo, apenas 13 comportaram alteração no texto publicado pelo governo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ DRAGO, Guillaume. Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, v.1, jan. 2006, p.7. Disponível em: <Daloz.fr>. Acesso em: 18dez.2015.

⁴⁹⁸ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 166-168.

⁴⁹⁹ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

No momento da ratificação, o que ocorre é que o parlamento geralmente é chamado a ratificar apenas certas *ordonnances*, não a totalidade tomada com base na mesma habilitação⁵⁰⁰, e com o objetivo de modificar ou completar certas medidas tomadas⁵⁰¹. São emendas de ajuste, organizadas pelo próprio governo, para validação do normativo, e não aprimoramento fruto de controle legislativo. O objetivo da ratificação não é, portanto, o controle⁵⁰².

A prática de ratificação em bloco torna difícil a efetividade de um debate parlamentar⁵⁰³. Mais do que isso, são de legística duvidosa e tornam o controle de constitucionalidade ilusório⁵⁰⁴. O déficit democrático da *ordonnance* está, principalmente, no baixo controle do parlamento, cerceado pelos procedimentos que dificultam o exercício do direito de emenda.

Ainda assim, por vezes o legislador consegue intervir no conteúdo. Em 2017, o Senado francês, ao ratificar a *ordonnance* n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016 sobre o direito dos contratos e o regime geral de obrigações promoveu alterações contra o texto original do governo, reduzindo parte das inovações que haviam sido aportadas, o que reflete o conservadorismo da casa⁵⁰⁵.

De fato, a lei de ratificação, embora tenha a capacidade de dar valor legal definitivo à *ordonnance*, não equivale ao nosso projeto de lei de conversão. A lei de ratificação apenas exprime, de maneira genérica, a conversão nos seguintes termos: “Art. 1. A *ordonnance* n do dia do mês do ano relativa à ... é ratificada”. Daí a facilidade em emendar outras leis com os dispositivos de ratificação.

⁵⁰⁰ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 170; MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA- Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 720.

⁵⁰¹ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 315.

⁵⁰² MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA- Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 720.

⁵⁰³ MONTALIVET, Pierre de. La ratification des ordonnances. *Petites affiches*, n. 254, p. 59, 19 décembre 2008.

⁵⁰⁴ COLLIARD, Jean-Claude. Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? In *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*. Paris: Dalloz, 2009, p. 121-135, p. 128.

⁵⁰⁵ *Gazette du Palais*, n. 307, v1, p. 50, 28nov.2017.

A discussão de fundo, sobre o conteúdo real da modificação legislativa fica dependente de proposição do próprio governo. Cabe a ele depositar o projeto de lei de ratificação com nova redação de dispositivos que já não podem ser alterados diante do vencimento da habilitação, e será ele que controlará a proposição de emendas durante o trâmite. A oposição terá mais dificuldade em alterar o texto da *ordonnance* agora convertida em lei.

O que se percebe é que o governo francês, mesmo dispondo de vários instrumentos para interferir no andamento do processo legislativo, tem, cada vez mais, usufruído das *ordonnances*. Dessa forma, surpreende que o arranjo institucional robusto do parlamentarismo francês, que reforça o executivo largamente, ainda dê vazão ao uso da delegação sujeita a baixo controle. Uma das explicações pode ser o sistema de partidos, cuja heterogeneidade da maioria faz com que o governo necessite constantemente negociar com o parlamento.

Em resumo, as *ordonnances* são delegação do poder de legislar ao executivo que, embora sujeita ao controle político prévio e posterior à emissão, e ao controle jurisdicional, é baixa a efetividade de tal controle. O parlamento tem pouca margem de manobra sobre o texto e o controle jurisdicional é reduzido e indireto, tanto na esfera administrativa quanto na esfera constitucional, antes e depois da ratificação. A obrigatoriedade de ratificação expressa muda o cenário do controle judicial ao abrir também a possibilidade de ação de inconstitucionalidade (*question prioritaire de constitutionnalité*) por via de exceção, mas não parece mudar a situação do controle parlamentar, vinculado à influência do governo sobre o processo legislativo.

2.3.4 A delegação e a transferência provisória nas medidas provisórias

No Brasil, além das prerrogativas de proposição normativa, com e sem exclusividade temática, o presidente possui duas prerrogativas de legislação delegada: a lei delegada em sentido próprio e a medida provisória. A primeira é transferência completa da função de legislar circunscrita pelos termos da delegação, com quase nenhuma participação do parlamento na definição do conteúdo. A segunda é transferência provisória, vinculada a requisitos de relevância e urgência, que para entrar definitivamente no ordenamento jurídico precisa da concorrência de vontade do parlamento, que dispõe de amplas prerrogativas para alterar o texto antes de sua conversão em lei.

A lei delegada depende de autorização prévia do Congresso Nacional (art. 68) e pode exigir ratificação posterior, conforme definido na lei de autorização. Tal ratificação deve ocorrer na totalidade da lei delegada, sem possibilidade de emendas. Nesse sentido, é mais similar à *ordonnance*, embora esta tenha menos restrições temáticas.

A delegação por lei específica só foi utilizada no Brasil duas vezes desde 1988⁵⁰⁶, pois conta com uma substituta que dispensa a autorização prévia: o segundo tipo de delegação legislativa, conhecido como medida provisória. A dispensa da autorização específica é substituída pelos critérios constitucionais de urgência e relevância, e a ratificação, ou conversão em lei, é obrigatória em prazo máximo de quatro meses, que podem se transformar em seis em período de recesso parlamentar e considerando o prazo para sanção do projeto de lei de conversão.

A medida provisória pode ser considerada: (i) delegação primária; (ii) circunscrita temporalmente e tematicamente; (iii) na qual a participação do Congresso é indispensável para aquisição de eficácia definitiva; e que (iv) permite o controle do conteúdo legislado. Ela convive com as demais formas de proposição legislativa e é (v) a principal forma de participação do executivo no processo legislativo.

No caso da (i) delegação de legislar feita pela constituição ao executivo, a delegação de competência não é secundária, como nas delegações que necessitam de lei autorizativa, e sim primária. O enquadramento na classificação de legislação delegada se explica somente pela noção de que existe um domínio de intervenção do poder legislativo que é, excepcionalmente, aberto ao executivo⁵⁰⁷.

A delegação pode ser originária da própria constituição, como é o caso das medidas provisórias, decretos-leis e regulamentos autônomos; ou derivada, quando feita por norma infraconstitucional⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Cf. <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-delegadas-1>>.

⁵⁰⁷ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 617.

⁵⁰⁸ SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 70.

É possível distinguir entre competência delegada, que compreende a lei delegada, e competência de urgência, esta relativa à medida provisória, com base em um pressuposto de direito para a primeira, vinculado à autorização prévia do parlamento, e um pressuposto de fato da segunda, vinculado à existência da urgência. Tal distinção ignora a existência da autorização prévia para a edição das medidas provisórias. A diferença é que a autorização é geral, concedida diretamente pelo texto constitucional. Delegação da potestade de legislar pelo constituinte, não pelo legislador ordinário. A este caberá não autorização, mas sim a confirmação ou não⁵⁰⁹.

Há quem defenda que a medida provisória não é delegação justamente por não ser vinculada a autorização prévia e implicar requisito de urgência⁵¹⁰. O presidente, ao editar a medida, cria lei material primária submetida ao controle parlamentar com base no poder de legislar que lhe fornece a constituição, e por isso não se confunde com a delegação de poderes⁵¹¹. Ou que é um ato administrativo emitido pelo órgão executivo que será transmutado em lei apenas após a interferência do órgão legislativo⁵¹², em uma interpretação meramente formal. Ou ainda, não constitui delegação pois seria, simplesmente, poder legislativo autêntico conferido ao governo, de duração determinada e caráter excepcional, fruto das necessidades contemporâneas dos sistemas políticos⁵¹³.

Ainda que sujeita a requisito de urgência, a medida provisória insere-se na legislação delegada⁵¹⁴ pelo simples fato de significar atribuição da função de legislar para outro órgão além do parlamento, a quem cabe a competência na visão clássica da separação de poderes. O que os requisitos de relevância e urgência aportam é a orientação de que deve ser usada em circunstâncias extraordinárias, limitando o escopo da delegação, que será complementado por outras restrições. Ademais, a MP não é autônoma, precisa necessariamente da

⁵⁰⁹ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28-29.

⁵¹⁰ NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

⁵¹¹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 47.

⁵¹² GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

⁵¹³ DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 78.

⁵¹⁴ DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997; STEINMETZ, Wilson. O uso da medida provisória antes da emenda constitucional 32/2001 e o princípio democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, p. 143-164, jul./set. 2004, p. 16.

concorrência do parlamento para ser definitivamente incorporada ao ordenamento jurídico, o que reforça o aspecto do compartilhamento da função de legislar.

A delegação operada pela medida provisória é, de fato, provisória e (ii) circunscrita à espaço temporal e temático determinado. Uma vez editada obriga a análise e apreciação em prazo específico, com o mesmo efeito de sobrestamento de pauta dos projetos de lei com urgência (CF, art. 62, § 6º). A diferença aqui reside no fato de que a medida provisória perde sua validade e fica condenada a desaparecer do ordenamento jurídico caso não seja votada no prazo máximo de 120 dias. A inércia do Congresso anula o poder de legislar do presidente da República.

Quanto à temática, há rol de assuntos sobre os quais a medida provisória não pode dispor. Ela não pode abordar temas que a constituição determina que sejam tratados por lei complementar, não pode emendar a constituição, e deve obedecer ainda a certas vedações determinadas (art. 62, § 1º). Assim, o legislativo preserva sua esfera de competência e participação em determinados temas, que devem obrigatoriamente seguir outro trâmite, sem limitação do prazo de deliberação.

A (iii) participação do Congresso é imprescindível para aquisição de eficácia definitiva e conversão em lei com sucesso. A ratificação é obrigatória, preservado a participação do legislativo na produção normativa e mantém o princípio clássico da separação funcional entre os poderes, ou ao menos a ficção jurídica, dado que não há integração definitiva da medida provisória ao ordenamento jurídico se ela não for debatida no Congresso e objeto de lei de conversão exitosa.

A medida provisória tramita como um projeto de lei com rito específico e, dessa forma, o processo de ratificação implica (iv) o controle e a análise do conteúdo legislado. A aprovação, ou ratificação, pode se dar com ou sem emendas, isto é, mantendo ou modificando o texto original proposto pelo executivo. O direito de emenda só é restringido por questões orçamentárias, como nos demais projetos. Como projeto de lei *sui generis*, a MP aprofunda o compartilhamento da função de legislar com controle do parlamento sobre o texto final.

Ela combina, portanto, três instrumentos de transferência de poder de legislar ao executivo: iniciativa, delegação e controle indireto da ordem do dia. Os dois primeiros

convivem em sistemas presidencialistas e parlamentaristas. O terceiro, o controle da ordem do dia, é característico do parlamentarismo racionalizado e para funcionar no Brasil depende da colaboração dos presidentes de cada casa no Congresso. Sem eles, a MP não é votada.

A medida provisória representa (v) a principal forma de participação do executivo no processo legislativo. Cada governo opta por uma estratégia diferente para aprovação das normas necessárias para o cumprimento do seu programa. O poder de decreto convive com o procedimento normal de proposição legislativa e o uso desse instrumento pode ser medido em comparação com os demais.

Após a EC 32, entre 2003 e 2015, o uso da medida provisória foi predominante em 9 desses 13 anos, desconsiderando tanto as MPs de crédito orçamentário quanto os projetos de lei de crédito orçamentário (por serem atos de efeitos concretos) e projetos de lei complementar (por disciplinarem temas que não podem ser tratados por MP). O índice mais baixo foi em 2009, quando o governo enviou 59 PLs e editou apenas 22 MPs, conforme se observa na tabela a seguir⁵¹⁵.

Tabela 1 – Média da taxa de confiança em decretos por governo

Governo	Ano	MPs*	PLs**	Confiança em decretos
Lula I	2003	53	34	0,61
	2004	63	57	0,53
	2005	25	48	0,34
	2006	39	36	0,52
Lula II	2007	52	34	0,60
	2008	35	65	0,35
	2009	22	59	0,27
	2010	34	5	0,87
Dilma I	2011	31	30	0,51
	2012	36	19	0,65
	2013	27	31	0,47
	2014	23	3	0,88
Dilma II	2015	37	22	0,63

* Desconsiderando as MPs orçamentárias

** Desconsiderando os PLs orçamentários

Fonte: BEDRITCHUK, 2016, p. 48, segundo dados da Presidência da República.

⁵¹⁵ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 48.

A medida provisória é o instrumento preferido de iniciativa legislativa. O que os dados não relevam é a aprovação, que costuma ser extremamente elevada para as MPs, e menor para os projetos de lei em geral. Além disso, também não informam sobre o conteúdo dos projetos, que podem ser relativos a temas nos quais a edição de MP é vedada. Olhando apenas as leis promulgadas depois da EC 32, até 2015, foram 709 MPs para 2.964 leis ordinárias aprovadas, ou uma MP para 4,1 leis⁵¹⁶. Descontando as leis de conversão, são 3,3 leis aprovadas para cada MP convertida.

No geral, a MP funciona como delegação temporária do poder de legislar, com o Congresso sendo capaz de retomar o controle sobre esse tipo de produção normativa durante o processo de tramitação para conversão em lei⁵¹⁷.

Se o governo dispõe do poder de estatuir limitado pelos requisitos de relevância, urgência e vedações materiais, o legislativo guarda a faculdade de impedir pela não apreciação e rejeição, e pode modificar o conteúdo por meio de emendas ao texto. A maneira como se dará o trâmite dependerá mais de elementos políticos do que das regras constitucionais.

Diante os três modelos trazidos de transferência do poder de legislar do parlamento para o executivo, ordens executivas, *ordonnances* e medida provisória, constata-se o deslocamento de funções que ocorre do órgão designado para o exercício da função legislativa para aquele incumbido do comando executivo do governo. Cada uma com suas especificidades, todas colocam no ordenamento jurídico matéria com força de lei, em maior ou menor grau, concebida no âmbito do executivo, a ser debatida no parlamento durante sua vigência.

Em comum, as delegações legislativas, entendidas no sentido geral, são diferentes soluções constitucionais para dotar o executivo da capacidade de criar e colocar em vigência normas que somente serão referendadas pelo parlamento posteriormente. O executivo exerce a faculdade de estatuir e o legislativo, a de impedir. Entre os três países, é no Brasil que a participação e controle do parlamento será maior, e menor na França.

⁵¹⁶ Cf. <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

⁵¹⁷ A apreciação completa sobre as medidas provisórias é objeto do Capítulo 3, seguinte.

Por um lado, as ordens executivas são similares às medidas provisórias quanto ao valor legal e à revisão congressional. Por outro lado, são distintas pois não passam, obrigatoriamente, pelo processo legislativo, não constituem projeto de lei. O Congresso possui poder de veto sobre ela e, não havendo objeção, a validade é garantida sem referenda parlamentar. Além disso, podem dispor sobre qualquer assunto dentro da esfera de ação do presidente como Comandante em Chefe e responsável pela garantia do cumprimento e execução das leis, pois não há limitação temática expressa em lugar algum.

Do ponto de vista da segurança jurídica, a medida provisória se destaca como a que detém valor mais próximo ao de lei. A ordem executiva e a *ordonnance* possuem caráter regulamentar, mas se diferem no impacto no ordenamento jurídico. Ambas obrigam toda a administração pública federal e podem refletir em direitos e liberdades dos cidadãos, e apenas a contestação jurisdicional poderá censurá-la em todo ou parcialmente por excesso de exação. A diferença é que o controle da *ordonnance* será muito mais limitado, dado que restrito à esfera administrativa. Além disso, a ordem executiva tem valor de lei frágil, pela facilidade de reversão em ato unilateral do presidente. Já o valor completo de lei da *ordonnance* será conferido quando da ratificação, em processo igual ao que ocorre com o aperfeiçoamento da medida provisória.

O quadro a seguir sintetiza as principais características dos três instrumentos descritos de exercício direto do poder de legislar pelo executivo-governo: ordens executivas, *ordonnances* e medida provisória.

Quadro 2 – Características normativas das ordens executivas, *ordonnances* e medidas provisórias

Instrumentos	Autorização	Força normativa	Participação do parlamento	Controle jurisdicional
<i>Ordem executiva (EUA)</i>	Genérica, constitucional e jurisprudencial	Regulamentar, restrita ao executivo e reversível pelo Congresso ou próximo presidente	Revogação	Juizes federais e Suprema Corte desde a edição

<i>Ordonnance</i> (França)	Específica, por lei de habilitação	Quase-legislativa até a ratificação e conversão em lei	Autorização prévia, emendas e ratificação	Administrativo antes da assinatura e depois da publicação Constitucional das leis de habilitação e ratificação
<i>Medida provisória</i> (Brasil)	Genérica, constitucional	Quase-legislativa até a ratificação e conversão em lei	Emendas e ratificação	Constitucional desde a edição

A referenda parlamentar, expressa ou tácita, presente nos três modelos, resguarda a função de controle do parlamento, seu contrapeso às prerrogativas concedidas ao governo. A decisão final sobre o conteúdo da lei cabe ao parlamento, em todos os sistemas, a menos que seja provocado controle de constitucionalidade. Nesse ponto, entra o judiciário, como controle passivo e provocado. A esse modelo teórico, meramente jurídico, adicione-se o componente político, que afetará a possibilidade do controle efetivo pelo parlamento e pode culminar na demanda de controle jurisdicional.

Conclusão do capítulo

A evolução dos sistemas constitucionais passou de um primeiro movimento de tripartição de funções estatais, atribuídas a três autoridades distintas, para um segundo de reaproximação das autoridades por meio do compartilhamento e transferência de competências na função de legislar. O plano de fundo que gerou a tripartição permanece o mesmo: as faculdades de estatuir e impedir. Diante das alterações na organização estatal, faz-se necessária nova organização dessas duas faculdades, na qual a tripartição já não é a solução.

Se a separação funcional de poderes é indissociável das transformações resultantes da passagem dos regimes absolutistas para regimes políticos constitucionalizados, repúblicas ou monarquias constitucionais, o realinhamento dos órgãos executivo e legislativo em torno da função de legislar é, por sua vez, indissociável do aumento das demandas sociais e do crescimento das tarefas do Estado. O executivo emerge como protagonista dessas tarefas.

O princípio da separação de poderes, ao combinar a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir, comporta necessariamente o compartilhamento da função legislativa, que adquire formas variadas conforme a organização sistêmica da tripartição de funções. Com a evolução das atribuições do executivo-governo surge a necessidade de aprofundamento desse compartilhamento.

Não se governa sem legislar. Fato. No presidencialismo, o presidente eleito precisa do parlamento para implementar sua agenda de governo. O parlamento precisa do presidente para implementar políticas que favoreçam as suas bases. O mesmo ocorre em sistemas parlamentaristas, em que o fortalecimento do governo é dado pela própria configuração institucional das relações entre governo e parlamento.

A prática atual do exercício da função legislativa demonstra um grande intercâmbio entre os órgãos executivo e legislativo em prol das medidas propostas pelo primeiro. Ao presidente ou primeiro-ministro são dadas prerrogativas em grande medida pensadas pelo legislador constituinte como elemento necessário para acelerar o processo legislativo em situações especiais ou para contrapor o risco de paralisia decisória do parlamento: possibilidade de participação do executivo no processo legislativo com iniciativa de lei, delegação legislativa e variados instrumentos de controle da pauta de votações do parlamento.

Isso vale para o Brasil, cujas fronteiras foram relativizadas pela própria constituição, e é ainda mais evidente quanto se estuda as práticas nos sistemas parlamentaristas, considerados de separação flexível de poderes, com as prerrogativas dadas ao governo na condução do trabalho legislativo no contexto do parlamentarismo racionalizado. Racionalizado, aliás, para induzir a colaboração do parlamento.

O presidente norte-americano, sem prerrogativas constitucionais para interferir antes, com a proposição normativa, e durante o processo legislativo, com solicitações de urgência para votação de projetos e outras ferramentas que interferem na pauta dos trabalhos do parlamento, apela para arranjos extraconstitucionais no Congresso e usufrui da mutação constitucional que lhe dá poder de decreto com as ordens executivas e permite delegações várias aos órgãos da administração. Quando não consegue cooperação do legislativo, ou quando ela não é imprescindível, o presidente legisla sozinho com esses instrumentos.

No Brasil, a constituição dá ao presidente prerrogativas para interferir e acelerar o processo legislativo: iniciativa de lei, exclusiva em algumas matérias, solicitação de trâmite em urgência, poder de legiferação extraordinária. São instrumentos de compartilhamento da função de legislar entre os dois órgãos, no qual o Congresso mantém o controle sobre o resultado. O governo só pode interferir politicamente, em cooperação, jamais diretamente.

Na França, com a combinação presidente e primeiro-ministro, e as ferramentas do parlamentarismo racionalizado, a capacidade de legislar do governo é bastante ampla. Sozinho o presidente não dispõe de nenhum poder em especial, mas com o controle que exerce sobre o primeiro-ministro, por ele indicado, comanda as propostas do governo. Os poderes são tão amplos que são constantes os debates sobre a necessidade de reforçar o parlamento e as críticas sobre a preponderância do executivo.

O sistema partidário acrescenta mais uma dimensão ao exercício da função de legislar pelo executivo-governo. No presidencialismo bipartidarista americano, a indisciplina partidária é um ativo que auxilia a criação de consenso e superação das clivagens entre republicanos e democratas, favorecendo a aprovação de leis em alguns momentos e, em outros, incentivando o uso das ordens executivas. No parlamentarismo inglês, a disciplina é vigiada pelos *whips*, nome bastante sugestivo da função que desempenham e politicamente incorreto (nos remete à feitor): as emendas parlamentares são controladas de perto, por diferentes técnicas e ainda assim existem delegações legislativas.

Na França, onde a disciplina partidária é um problema, o governo define diretamente a pauta, pode recusar emendas, pode ir para o tudo ou nada do voto bloqueado, instrumentos

que usa com razoável frequência. E tem atuado cada vez mais com as delegações por meio de *ordonnances*, seja em temas complexos, seja em temas de simplificação normativa.

No Brasil, pluripartidário e indisciplinado, sem uma coalização formal que sustente o governo, a medida provisória aparece como o instrumento legislativo mais viável, porque contorna, com a vigência imediata e sobrestamento da pauta, alguns dos problemas de cooperação. Sem ela, o governo só teria ferramentas políticas, volúveis.

Os diferentes instrumentos de participação do governo atuam todos no mesmo sentido: fornecer-lhe meios de interferir no debate legislativo, seja com o controle da agenda e da possibilidade de alteração dos textos (Inglaterra e França), seja pela inversão do procedimento com a delegação legislativa (EUA, França, Brasil). O poder de decreto sequer é fundamental para que o governo comande a produção legislativa, como mostra os casos dos EUA, Inglaterra, e até mesmo a França, que conta com instrumentos de todos os tipos. Em geral, os instrumentos de delegação legislativa ajudam a superar as fissuras ao diminuir o debate legislativo e os resultados serão obtidos conforme a interação desses instrumentos com o sistema partidário.

Na prática, o conjunto das prerrogativas que confere poder de legislar ao executivo torna as fronteiras entre os órgãos executivo e legislativo cada vez mais difusas. A tarefa de legislar está cada vez mais nas mãos do governo e o parlamento passa a funcionar mais como órgão de controle, e não de criação. Suas funções passam a se concentrar no emendamento e revisão do normativo proposto pelo governo, aproximando sistemas presidencialistas e parlamentaristas.

A divisão de tarefas é refeita, independentemente do nome que se utilize para classificar o sistema, há uma convergência na partilha da função de legislar entre dois órgãos. Inevitavelmente um lado precisa ceder parte das prerrogativas de estatuir, que devem ser compensadas por ganho em controle, visando a manutenção do equilíbrio democrático.

É o elemento de controle que faz a diferença quando analisamos mais detidamente a existência da legislação delegada e que permitirá a construção de uma relação mais ou menos equilibrada entre executivo e legislativo. Ele é baixo nos EUA com relação às ordens

executivas, ilusório na França para as *ordonnances* e mais robusto no Brasil com a exigência de conversão em lei das medidas provisórias.

O controle pode, contudo, oscilar conforme o contexto político em decorrência do papel desempenhado pelas maiorias partidárias, que atuam em consonância com os objetivos do executivo, ou, em contexto parlamentarista, da necessidade de a oposição compor maioria qualificada para reverter um governo. O parlamento, enfraquecido na sua função legiferante, não é, necessariamente, fortalecido na sua função de controle.

A dinâmica entre o poder de legislar do governo e as faculdades de controle do parlamento será aprofundada no próximo capítulo com as medidas provisórias.

CAPÍTULO 3 INTERDEPENDÊNCIA E COLABORAÇÃO ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO NA LEGIFERAÇÃO POR MEDIDAS PROVISÓRIAS

O poder legiferante do executivo brasileiro, especialmente sob a forma de legiferação de urgência representada pela medida provisória, implica interdependência entre governo e parlamento na função legislativa, cabendo ao segundo o papel corretivo da ação governamental. Inevitavelmente, a relação oscilará entre momentos de colaboração e disputa acirrada. Diante do compartilhamento da função legislativa entre os dois órgãos, a separação de poderes encontra-se mais alinhada à faculdade de impedir do que à especialização de tarefas entre executivo e legislativo. A dinâmica legislativa encontrada reforça o argumento de que a separação de poderes é um conceito ultrapassado, inaplicável à realidade política do governo contemporâneo, e que a chave do equilíbrio entre os órgãos encontra-se no controle pelo parlamento face à concentração de iniciativa nas mãos do presidente da República.

A partilha do exercício da função legislativa entre os dois órgãos no caso da medida provisória implica prerrogativas específicas e limitações para cada um, que foram se transformando desde a Constituição Federal de 1988.

Para o executivo, a medida provisória é o instrumento mais forte dentro do conjunto de instrumentos disponíveis para o governo incitar o processo legislativo. De emissão unilateral pelo presidente da República, ela já nasce com força de lei ao mesmo tempo em que se transforma em projeto de lei. Isso significa poder de decreto combinado com poder de iniciativa legislativa. Além disso, pela delimitação temporal do trâmite de análise, acarreta também poder indireto de pautar a agenda de votações do Congresso Nacional.

Para o legislativo, a medida provisória vem como um projeto de lei e, portanto, aberto a emendas como todos os outros, salvo nas limitações de iniciativa e orçamentárias que também são comuns a todos os projetos de lei. Por ser legiferação de urgência, o trâmite deste PL *sui generis* é quase que completamente definido em nível constitucional, o que acarreta mais uma limitação à forma como os parlamentares deverão analisá-lo. A mais marcante é a obrigatoriedade de entrada na pauta de votação após decorridos 45 dias da sua emissão. O legislativo torna-se ente reativo no contexto de uso da medida provisória pelo presidente da

República, incumbido de controlar a atuação do executivo, seja na verificação dos requisitos de edição, seja no conteúdo legislado.

Essa nova relação entre governo e parlamento reflete entendimento atual sobre a função governamental e a necessidade de coparticipação na elaboração normativa, sendo ilusória a defesa de fronteiras bem marcadas entre os órgãos executivo e legislativo. É um arranjo constitucional que concede prerrogativas de impulsão do processo legislativo ao governo e estabelece controles em favor do Congresso que compensem a delegação da faculdade de legislar e permitem que este se aproprie do resultado. O controle seria apenas outra dimensão da separação funcional, sempre no espírito de evitar o estabelecimento de um poder tirânico.

A dinâmica do poder de legislar do executivo passa por um primeiro momento (3.1) no qual é maior a vantagem do executivo na elaboração normativa via legislação de urgência, o que gera desequilíbrio na participação do legislativo. Após a revisão constitucional que mudou o trâmite das medidas provisórias, tem início a fase de controle real do parlamento sobre o instrumento. Esse controle é exercido de duas formas: de um lado, (3.2) controle positivo com aprovação, modificação e sanção, dinâmica que indica interdependência e colaboração no processo legislativo. De outro lado, (3.3) tem-se o controle negativo com rejeição e perda de eficácia. Ao final do processo, (3.4) o veto pode aparecer como evidência de não cooperação.

3.1 A prevalência do executivo cede espaço ao incremento da participação do legislativo

O poder de legislar extraordinariamente do presidente da República via medida provisória passou por período inicial em que as limitações constitucionais eram poucas e evoluiu para o arranjo no qual a participação congressional é elevada via controle, o que fez da medida provisória elemento real de compartilhamento da função legiferante em dinâmica que alterna colaboração e não colaboração com o parlamento.

A medida provisória (MP) foi estabelecida constitucionalmente como prerrogativa presidencial para a emissão de decretos, no sentido lato, com força de lei em casos de relevância e urgência extraordinária, nos quais a espera pelo devido processo legislativo poderia ser prejudicial. Os contornos do desenho original eram bastante sintéticos e o uso, com o passar dos anos, foi-se aprofundando. Práticas como a reedição das medidas e ausência

de análise e conversão pelo Congresso Nacional tornaram o instrumento contestado, tanto pela sua fragilidade jurídica como pela concentração de poder de legislar nas mãos do presidente da República, que decreta leis, provisórias, com a conivência, ou inação, do parlamento.

Na metade final dos anos 90, a intensificação da edição de medidas provisórias gerou discussões no Congresso Nacional que culminaram com alteração no mandato constitucional concedido ao presidente visando conter os casos de edição e reedição e reorganizar seu processo de análise nas casas legislativas. Após quase quinze anos de prática, as regras procedimentais para edição e análise de medidas provisórias foram alteradas com a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, permanecendo inalterados os critérios para sua edição.

Os dois desenhos do instrumento implicam relações completamente distintas entre executivo e legislativo. O primeiro, original do texto constitucional (item 3.1.1), é marcado pela disputa decorrente do desequilíbrio entre executivo e legislativo no poder de legislar em prol do primeiro. O segundo, resultante da revisão constitucional (item 3.1.2), dá ao Congresso poderes efetivos para modificar a proposta do executivo e bloqueá-la quando assim o desejar.

3.1.1 O desequilíbrio original no poder de legislar por medida provisória em prol do executivo

O regime originalmente estabelecido na Constituição de 1988 para a legiferação de urgência pelo presidente da República causou desequilíbrio de forças em prol do executivo, com a condescendência do Congresso. O regramento sintético do texto permitiu o surgimento de práticas que reforçaram o poder de legislar do governo, com eventuais disputas jurídicas e políticas, particularmente devido ao recurso de reedição das medidas. No geral, o arranjo original era pouco favorável ao compartilhamento da função legislativa entre os dois órgãos, funcionando como delegação sem revisão posterior pelo parlamento.

As vantagens que a medida provisória trazia ao executivo e as críticas pelo seu uso decorrem: (i) do contexto de elaboração associado ao parlamentarismo; (ii) do lugar-comum que se tornou sua associação ao decreto-lei; (iii) do fenômeno da reedição que anula o debate e controle parlamentar; e da (iv) confluência de regras e práticas que tornaram o regime prejudicial à balança de poderes entre executivo e legislativo.

No (i) contexto da elaboração da constituição, a concessão de poder de legislar ao governo por medida provisória (MP) foi pensada e desenhada tendo como parâmetro a perspectiva de implantação do parlamentarismo no Brasil. Portanto, faz pouco sentido falar em uma intenção constituinte em ampliar o poder legiferante do executivo via poder de decreto. O que ocorreu foi a importação de instrumento típico de sistemas parlamentaristas que se confunde com o decreto-lei utilizado em períodos autoritários no país, e que permaneceu como uma válvula de escape para legislar em situações urgentes e relevantes. Disponível o instrumento, foi a prática nos anos posteriores que definiu seu espaço nas relações executivo e legislativo diante da facilidade que representa para o processo legislativo.

A origem parlamentarista da MP pode ser verificada pelo destaque dado por alguns autores à sua inspiração e semelhança com o *decreti-legge* italiano⁵¹⁸ e sua vinculação original com o desenho institucional parlamentarista que acabou derrotado na Constituinte⁵¹⁹. Diante do compartilhamento da função de legislar nos sistemas parlamentaristas, esse tipo de delegação soma-se às demais prerrogativas legislativas do governo.

⁵¹⁸ Nesse sentido, ver ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; BALERA, Felipe. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 14, p. 25-52, jul./dez. 2009; CLÈVE, Clemerson M. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; GOUVEIA, Luiz Antônio Sampaio. *Rejeição da medida provisória, conflito entre poderes e vácuo legislativo*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010; MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999; POGREBINSCHI, Thamy. Controle de constitucionalidade dos decreti-legge: uma experiência italiana. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 97-106, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/611>>. Acesso em: 16jul.2017; TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 176, p. 1-28, abr./jun. 1989.

⁵¹⁹ Tal aspecto é citado por ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de, *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002; BARROS, Sérgio Rezende. *Medidas Provisórias?* Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisorias-.cont>>. Acesso em: 23jun.2015; CRUZ, Paulo Márcio. Processo Legislativo, Medidas Provisórias e Controle da Constitucionalidade das Leis. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8, p. 101-106, ago. 2009; DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997; HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175791>>. Acesso em: 21maio2019; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lúcio. Agenda Power, Executive Decree Authority, and the Mixed Results of Reform in the Brazilian Congress. *Legislative Studies Quarterly*, v. XXXVIII, n. 1, p. 5-33, fev.2008; REALE, Miguel. Subterrâneo da Medida Provisória. *O Estado de São Paulo*, de 7jul.2001, pág. A2; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

Comparando o texto constitucional original que institui a medida provisória em 1988 e o texto italiano de 1947 que trata do *decreti-legge*, tem-se uma redação quase idêntica. Na Itália, fala-se em necessidade e urgência (art. 77 da constituição italiana); no Brasil, em urgência e relevância. Os requisitos, portanto, são similares. Ademais, tem caráter de provimento provisório e necessita ser convertido em lei pela análise do parlamento, em 60 dias, sob pena de perda de eficácia *ex tunc*.

O *decreti-legge* segue um rito procedimental de deliberação em Conselho de Ministros, assinatura do presidente da República e publicação no Diário Oficial. Da publicação deve constar os considerandos da situação extraordinária de necessidade de urgência e artigo explícito de apresentação à Câmara para conversão em lei⁵²⁰.

A diferença aqui com relação à MP está na tomada de decisão. Em um sistema parlamentarista, é um processo coletivo deliberado em Conselho de Ministros, isto é, capitaneado pelo primeiro-ministro, chefe de governo. É a identidade entre governo e parlamento que facilita a assunção de poder de decreto com validação posterior pelo legislativo, funcionando como um instrumento de aceleração do trâmite legislativo. O procedimento é similar ao que deve ser cumprido para a elaboração da *ordonnance* francesa, que também passa pelo Conselho de Ministros antes de ser publicada, mas onde a prerrogativa decisória é do presidente.

Em comum, a medida provisória, na redação original de 1988, e o *decreti-legge*, possuem o componente de juízo político quanto à sua adoção, expresso nos critérios exigidos, e a ausência de delimitação temática. Quanto ao trâmite, é bicameral, com ampla possibilidade de emenda, e reserva ao parlamento a disciplina pela desconstituição do ato provisório⁵²¹.

A inspiração italiana alinha-se com o contexto de elaboração do instrumento da medida provisória: a discussão da instalação do parlamentarismo durante a assembleia constituinte. Assim, a MP foi pensada para o texto constitucional brasileiro como requisito

⁵²⁰ BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 17ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 390-402.

⁵²¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215-216.

para investidura do gabinete no sistema parlamentarista, sendo provisional para permitir a agilidade na apresentação do plano de governo, requisito para a investidura do primeiro-ministro, não sendo, portanto, sucedânea do decreto-lei, tampouco instrumento especialmente desenhado para permitir agilidade decisória ao presidente⁵²².

Uma vez derrotado o projeto parlamentarista, a medida provisória foi mantida sob o argumento da agilidade necessária para o governo legislar em alguns momentos. Da redação original eliminou-se a referência ao primeiro-ministro e o termo “para conversão”. O trâmite viria a ser regulado por resolução do Congresso Nacional (Resolução nº 1/89-CN), pois não estava detalhado constitucionalmente o procedimento de análise.

O texto original da disciplina da medida provisória era sintético e dispunha sobre a faculdade do primeiro-ministro (na redação final substituído por presidente) vinculado aos requisitos de relevância e urgência; a obrigatoriedade de conversão em lei por meio de análise do parlamento, que se em recesso deveria ser convocado extraordinariamente; o prazo de vigência e, no caso de perda de eficácia, a necessidade de o Congresso disciplinar as relações jurídicas construídas sob seu amparo.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República [por solicitação do primeiro-ministro] poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato [para conversão] ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Não obstante a clara vinculação ao projeto parlamentarista, tornou-se (ii) frequente a associação entre as MPs e os decretos-lei do regime militar brasileiro⁵²³. A disciplina foi se

⁵²² CRUZ, Paulo Márcio. Processo Legislativo, Medidas Provisórias e Controle da Constitucionalidade das Leis. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8, p. 101-106, ago. 2009.

⁵²³ Vide TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 176, p. 1-28, abr./jun. 1989; BALERA, Felipe. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 14, p. 25-52, jul./dez. 2009; BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 42-45; CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002; CLARK, Giovanni. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 113, p. 153-170, 1992; DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997; MARIOTTI, Alexandre.

alterando e se expandindo entre 1965 até se consolidar como ato primário próprio do presidente⁵²⁴ (art. 55 da EC nº 1 de 17 de outubro de 1969). As características compartilhadas são a vigência imediata e o requisito de urgência. O segundo requisito, de interesse público relevante, era um requisito alternativo à urgência. Havia uma lista restrita de matérias sobre as quais o decreto-lei poderia dispor, porém de caráter interpretativo amplo, como segurança nacional no contexto do regime, e finanças públicas, inclusive normas tributárias.

As regras para referenda legislativa do decreto-lei eram bem mais rígidas do que para a MP: aprovação ou rejeição em bloco do texto, sem emendas. A ausência de deliberação significava aprovação. A perda da eficácia somente era possível com a rejeição do decreto, ainda assim mantendo-se válidos os atos praticados sob sua vigência.

Igualmente fala-se na degeneração do uso do decreto-lei e sua transformação em procedimento ordinário, o que se insere no regime de exceção vivido, tal como acontecera anteriormente durante o Estado Novo. Trata-se de instrumento de legiferação exclusiva e unilateral pelo presidente, com espaço residual de manifestação do parlamento, apenas com o ônus de sua rejeição.

Do ponto de vista estrito da segurança jurídica, o decreto-lei era vantajoso: seria definitivamente integrado ao ordenamento jurídico, inexoravelmente após o decurso do prazo de análise, na mesma redação na qual foi publicado. A MP, por sua vez, carrega a dúvida sobre se e quando será convertida em lei e quais direitos subjetivos dela decorrerão⁵²⁵.

Há, portanto, muito mais semelhanças entre a medida provisória e o *decreti-legge* do que entre esta e o decreto-lei brasileiro de 1969. Do primeiro empresta a provisoriedade e o trâmite; do segundo apenas o requisito de interesse público relevante, transmutado em relevância. O surgimento e permanência da medida provisória na Constituição de 1988

Medidas provisórias. São Paulo: Saraiva, 1999; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵²⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96-97.

⁵²⁵ BARROS, Sérgio Rezende. *Medidas Provisórias?* Disponível em <http://www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisorias-.cont>. Acesso em 23-jun-2015.

associa-se mais à instrumentação legislativa do executivo-governo do que ao autoritarismo do executivo.

É o (iii) fenômeno da reedição que anula o debate e controle parlamentar e torna a MP um ato de preponderância do executivo na elaboração normativa. Essa possibilidade veio à margem do texto constitucional, que era silente sobre o assunto. O que estava consignado era a perda de eficácia *ex tunc* após trinta dias caso a MP não tivesse sido votada. A não apreciação pelo Congresso era prejudicial ao executivo, pois invalidaria o provimento em um mês. Pelo texto constitucional, a MP não seria um instrumento de inserção permanente de normas no ordenamento jurídico por deliberação exclusiva do presidente.

A realidade da prática, contudo, era a análise nunca ocorrer no prazo constitucional, o que acabou por estimular o governo à reedição, justamente para prorrogar a eficácia da MP. A primeira reedição ocorreu em 1989 no governo Sarney em matéria, a rigor, não controversa: organização da Presidência da República e dos Ministérios. Foi, então, criada comissão mista para analisar a possibilidade de reedição. A reedição, com críticas de alguns senadores, foi validada pelo Congresso Nacional⁵²⁶ e passou a servir ao executivo como remédio contra a rejeição ou invalidação automática⁵²⁷.

A constitucionalidade da reedição foi enfrentada pelo STF. Primeiro, foi inadmitida⁵²⁸, depois aceita no caso de perda de vigência por decurso de prazo, vedada se expressamente rejeitada⁵²⁹. Antes da EC 32, foram várias as manifestações do tribunal admitindo a

⁵²⁶ ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de, *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*, Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 34.

⁵²⁷ DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 91.

⁵²⁸ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 67-68.

⁵²⁹ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 35; DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 100; NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 215.

reedição⁵³⁰, embora boa parte da doutrina considerasse abuso a reedição de MP não apreciada⁵³¹.

Apesar da admissão da reedição, seu uso foi moderado nos primeiros anos. O governo Sarney editou nove medidas provisórias relacionadas ao Plano Verão, lançado em janeiro de 1989, quando a regulamentação da apreciação pelo Congresso ainda não estava concluída. Dentre essas, uma foi devolvida e duas rejeitadas, as demais aprovadas sem modificação, com tempo médio de tramitação um pouco abaixo do limite de eficácia: em média, foram apreciadas em 27,87 dias durante o ano de 1989. No governo Collor, das 22 MPs editadas logo após a posse, em março de 1990, apenas uma foi reeditada e as demais deliberadas: 19 foram transformadas em lei no prazo constitucionalmente previsto, das quais 4 aprovadas na forma original. A única MP reeditada foi em seguida aprovada. O cenário muda no Plano Real: em julho de 1994, as MPs editadas pelo presidente Itamar Franco ficaram meses aguardando apreciação pelos parlamentares, sendo a reedição das medidas o procedimento recorrente. O tempo médio de tramitação subiu para 179,48 dias⁵³².

No governo seguinte, a reedição ganha força: em média, cada MP editada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso foi reeditada 15 vezes no primeiro mandato⁵³³.

Se, de início, nos primeiros anos da constituição, apesar do prazo exíguo, entre 60 e 70% das medidas provisórias eram discutidas no Congresso e modificadas, evidenciando envolvimento e debate parlamentar⁵³⁴, a participação foi decaindo, comprometendo o efetivo compartilhamento da função de legislar entre governo e parlamento.

⁵³⁰ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 108-9.

⁵³¹ NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 215; COMPARATO, Fábio Konder. A “Questão Política” nas Medidas Provisórias: um estudo de caso”. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 31, n. 72, p. 11-24, jan./jun. 2001.

⁵³² FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 153; 150.

⁵³³ ROCHA, Antônio Sérgio Carvalho. Ingovernabilidade versus Estado constitucional: judiciário e crise dos poderes numa perspectiva política. In BITTAR, Eduardo C. B. *História do Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 424-446, p. 437.

⁵³⁴ FIGUEIREDO e LIMONGI, ob. cit, p.153-154.

No governo Sarney, quase 95% das medidas editadas eram apreciadas (convertidas ou rejeitadas). No período Collor, embora houvesse desalinhamentos entre governo e parlamento, o número das apreciadas se mantém elevado (88,5%), ao mesmo tempo em que aumenta a proporção das MPs revogadas ou sem eficácia. No mandato de Itamar Franco, aumentam as reedições, situação que atinge seu ápice nos governos de Fernando Henrique Cardoso⁵³⁵. A tabela a seguir sintetiza as informações sobre as MPs editadas antes da EC 32.

Tabela 2 – Medidas Provisórias: edição e reedição por governo (1988-2001)

Situação	Sarney	Collor	Itamar	FHC (1)	FHC (2)	Total
Originárias	125	87	141	160	79	592
Reeditadas	22	73	364	2.449 ¹	2.419 ²	5.327
Convertidas	109	66	118	82	85	463
Revogadas	2	5	5	11	5	28
Sem Eficácia	5	5	15	3	1	29
Rejeitadas	9	11	-	1	1	22
Em Tramitação	-	-	-	38	11	49
Editadas (originárias + reeditadas)	147	160	505	2.609	2.498	5.919

¹ Inclui 699 reedições de medidas originárias de governos anteriores.

² Inclui 137 reedições de medidas originárias de governos anteriores.

Fonte: Couto, 2001.

Comparando o total de MPs originárias e o total de convertidas, têm-se a proporção de 78%, número bastante razoável. A grande maioria foi aprovada em plenário e apenas duas dezenas foram rejeitadas, das quais praticamente a metade por inadmissibilidade⁵³⁶.

Os dados acima ilustram que, embora extremamente favorável ao executivo, a discussão de medidas provisórias encontrou seu espaço na pauta do Congresso, até o momento em que a agenda de reformas constitucionais surgiu com vigor.

Durante o governo Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, o uso da MP facilitava o andamento da agenda constitucional no Congresso, que envolvia diversas reformas. A

⁵³⁵ COUTO, Cláudio Gonçalves. O avesso do avesso: conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira. *São Paulo Perspec.*, v. 15, n. 4, p. 32-44, 2001. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400005>>. Acesso em: 21jun.2015.

⁵³⁶ AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Dados*, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2001, p. 10.

negociação entre os poderes poderia concentrar-se nas emendas constitucionais, pois não era necessário trabalhar a pauta legislativa constante nas MPs⁵³⁷. O próprio governo trabalhava para negar quórum para a deliberação das MPs, o que permitia a manutenção em vigor via reedição⁵³⁸.

O cenário da reedição torna-se frequente e, com ele, desaparece o espaço de debate no Congresso Nacional. Nesse sentido são as críticas que apontam o seu uso como usurpação de competências do legislativo e violação à separação de poderes.

Como atribuição temporária e limitada, não parece arriscado admitir a legislação delegada ainda que invista contra a separação de poderes⁵³⁹; é uma exceção ao princípio da divisão⁵⁴⁰. A reedição, contudo, viola a atribuição do legislativo de estabelecer as leis⁵⁴¹, e alija o Congresso do processo de decisão política, afastando-o e impondo custos políticos e econômicos a uma eventual rejeição⁵⁴². Ela permite ao executivo avançar na função primeira do legislativo, subvertendo o princípio da separação dos poderes⁵⁴³ diante de distorções que contavam com a apatia do legislativo e a complacência do judiciário⁵⁴⁴.

Mais do que usurpar uma competência originalmente atribuída ao legislativo, o executivo concentraria em suas mãos e em um pequeno grupo a responsabilidade pela

⁵³⁷ COUTO, Cláudio Gonçalves. O avesso do avesso: conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira. *São Paulo Perspec.*, v. 15, n. 4, p. 32-44, 2001. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400005>>. Acesso em: 21jun.2015.

⁵³⁸ MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 73.

⁵³⁹ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28.

⁵⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 114.

⁵⁴¹ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 105.

⁵⁴² ROCHA, Antônio Sérgio Carvalho. Ingovernabilidade versus Estado constitucional: judiciário e crise dos poderes numa perspectiva política. In BITTAR, Eduardo C. B. *História do Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 424-446, p. 440.

⁵⁴³ ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 52.

⁵⁴⁴ BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 74; COMPARATO, Fábio Konder. A “Questão Política” nas Medidas Provisórias: um estudo de caso”. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 31, n. 72, p. 11-24, jan./jun. 2001.

elaboração de normas que, por vezes, não seriam nem urgentes e nem relevantes⁵⁴⁵. Já no primeiro ano de vigência da nova constituição, pode-se identificar medidas publicadas que poderiam perfeitamente serem tratadas por projeto de lei cuja relevância e urgência é acatada com benevolência pelo Congresso⁵⁴⁶.

Por outro lado, em vez de violar a separação de poderes, a reedição pode ser vista como consentimento tácito do parlamento ao seu conteúdo e, portanto, uma escolha de delegação voluntária de poderes legislativos ao executivo. Nesse sentido, a delegação atenderia a interesses do executivo e do legislativo, operando compartilhamento da função de legislar e reduzindo custos políticos para os parlamentares.

Em vez de protestar, parlamentares se sentem aliviados por poder fugir da responsabilidade política de tomar decisões difíceis; presidentes usam o precedente da tolerância parlamentar para expandir ainda mais o poder de decreto, inclusive com alterações constitucionais que o validem, como observado no Brasil⁵⁴⁷. O Congresso Nacional tinha instrumentos para coibir a sucessiva reedição de medidas provisórias e sua transformação em expediente corriqueiro, mas optou por permitir reedições por 60, 70 vezes, prolongando por cinco anos ou mais a disciplina que deveria ser excepcional⁵⁴⁸. Invoca-se ofensa ao princípio da separação de poderes em relação a uma prática que só se estabelece com o consentimento do Congresso Nacional⁵⁴⁹.

O enfoque da delegação voluntária é particularmente profícuo em temas econômicos: problemas conjunturais amoldam-se aos critérios de relevância e urgência para o uso das MPs e há pouca especialização do parlamento para lidar com eles. Medidas de estabilização econômica costumam resultar em ganhos generalizados no futuro, mas custos certos no

⁵⁴⁵ PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *RAP Revista de Administração Pública*, v. 45, n. 6, p. 1733-1759, 2011.

⁵⁴⁶ HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175791>>. Acesso em: 21maio2019, p. 17.

⁵⁴⁷ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000, p.644, p. 646-7.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA, Edson Freitas de. *Medidas provisórias: a solução está próxima?* Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19918/Medidas%20provis%C3%B3rias.pdf>>. Acesso em: 21jan.2017, p. 95.

⁵⁴⁹ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

presente para alguns grupos. Por essa razão, parlamentares teriam interesse em delegar a função legislativa ao executivo nesses casos: evitam constarem como responsáveis diretos em medidas impopulares e, ao mesmo tempo, não podem ser identificados individualmente na eventualidade de fracasso do plano. Além disso, a dilação na tramitação de MPs decorrente da ausência de início da apreciação pelos parlamentares indicaria a fraca resistência política às iniciativas presidenciais⁵⁵⁰.

Por óbvio, seria do interesse do legislador abreviar a existência de medidas que possuam forte oposição. Assim, a demora do Congresso em analisar medidas provisórias pode ser um mecanismo de exercício de controle da delegação do tipo alarme de incêndio: deputados e senadores aguardam a reação dos grupos sociais organizados e, partir daí, definem sua estratégia. Se não há reação, não há motivo para acelerar a análise. Havendo reação, o trâmite regulamentar não seria a única opção para promover ajustes: as modificações inseridas nos textos de reedições de MPs devem ser consideradas no estudo da relação executivo e legislativo, pois podem ser consideradas uma acomodação do primeiro às preferências de sua coalização de apoio no Congresso. Sua ocorrência permitiria ao parlamento reduzir as perdas pela delegação de poderes legislativos: a ausência de coordenação com a maioria parlamentar poderia gerar oposição à medida e conflitos entre os poderes⁵⁵¹.

Por vezes, a obstrução da votação da MP servia como instrumento de barganha para obter modificações no texto na próxima reedição⁵⁵², ou seja, anuência do Congresso à manutenção da precariedade da legislação de urgência, mas com eficácia normativa garantida.

A existência de acordo político pela não apreciação das MPs foi relatada pelo ex-ministro Nelson Jobim durante as audiências que debateram a reforma do art. 62. Tal acordo decorreria de decisão expressa da maioria do Congresso de não votar medidas provisórias

⁵⁵⁰ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 156.

⁵⁵¹ AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Dados*, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2001.

⁵⁵² NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 226.

após o fracasso do Plano Collor, disciplinado por MPs convertidas em lei, optando por deixar que fossem reeditadas. A reedição era usada como instrumento de barganha por alterações já acordadas e propostas: ou o governo aceitava o acordo ou o Congresso rejeitava a MP. Por fim, o parlamento simplesmente não queria se envolver em alguns temas, como a aprovação de um salário mínimo inferior ao que recomendava o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE)⁵⁵³.

A edição de uma medida provisória daria início a processo de discussão em torno do texto e manifestação parlamentar. Ainda que essa manifestação não fosse dada no trâmite previsto, ela era incorporada pelo governo na próxima edição. Admite-se, portanto, a possibilidade de conformação de negociações sobre o conteúdo da medida *a posteriori* sua edição, com processo de articulação e negociação política atuando como controle parlamentar à margem do procedimento legal.

Para o governo, a estratégia era interessante porque permitia iniciar novas políticas de forma mais rápida, antes do desenho completo, e realizar ajustes conforme a necessidade, com alterações incrementais a cada nova reedição⁵⁵⁴.

A reedição, ao combinar a convalidação dos atos praticados sob a edição anterior e incorporar alterações na redação original, tornou a análise do Congresso desnecessária para manter vigentes os efeitos da medida que, de provisória, tornava-se perene.

No caso da disciplina original da medida provisória, houve (iv) confluência de regras e práticas que tornaram o regime prejudicial à balança de poderes entre executivo e legislativo. Não foi exatamente a constituição, em si, que ampliou demasiadamente o poder de decreto do presidente, mas sim a conjugação das práticas do executivo e legislativo. O presidente expandiu sua prerrogativa com a reedição. O Congresso acatou tal expansão, validada pelo

⁵⁵³ PIRES, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília: 2008, p. 80-81.

⁵⁵⁴ POWER, Timothy J. The pen is mightier than the Congress: presidential decree power in Brazil. In CAREY, John M.; SHUGART, Matthew S (ed.). *Executive decree authority*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 197-230, p. 213.

judiciário, e foi, ao longo dos anos, envolvendo-se cada vez menos no processo de discussão e conversão em lei das medidas.

Vale dizer que, em um dado momento da vida constitucional, o produto da combinação de interpretações de enunciados textuais (e, portanto, a concretização da fábrica de direito positivo) e de comportamentos pode ser considerado como se impondo aos atores. Predomina o papel da vontade dos atores, não daquela (suposta) vontade do poder constituinte (ou os redatores), que já se retirou definitivamente⁵⁵⁵. Se o presidente da República abusa de suas prerrogativas, cabe ao legislativo coibir com as ferramentas que lhe são próprias⁵⁵⁶. A revalorização do parlamento deve vir por esforço próprio pois, pela própria natureza, o executivo tende a se expandir, não retrair⁵⁵⁷.

Poderes constitucionais amplos do governo para exercício do poder legiferante autonomamente podem torná-lo excessivamente independente, o que, no caso, desequilibraria a balança de poderes pois limitaria, em demasia, o livre debate essencial para a elaboração normativa. Um sistema fechado de estabelecimento de normas peca pela falta de transparência e, conseqüentemente, torna-se prejudicial aos valores democráticos.

Quando se alterou o regime, as diversas MPs então vigentes já haviam sido reeditadas cerca de 5.540 vezes. Tratava-se de sistema danoso, que tinha as seguintes fragilidades: 1) excessiva concentração de poder nas mãos do presidente da República; 2) sentimento de sujeição do parlamento e perda de autonomia; 3) número exacerbado de MPs; 4) insegurança jurídica, pois a reedição, por vezes, continha alterações no texto original; e 5) omissão do Congresso Nacional em tratar os temas objeto de MP⁵⁵⁸. Mesmo sem haver propriamente uma usurpação de poderes, a disciplina da MP havia contribuído para o desequilíbrio entre os poderes⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ LE DIVELEC, Armel. *Constitution Juridique, Système de gouvernement et système politique*. In *Vies politiques: Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*. Dalloz: Paris, 2018, p. 77-97, p. 92-93.

⁵⁵⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 69.

⁵⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *A atividade legislativa no Estado contemporâneo*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alli. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1195-1206.

⁵⁵⁸ FOGAÇA, José. *Medidas provisórias e imunidade parlamentar*. In CARVALHO, Guido Faria (org). *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira*, 2003. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p.221-235.

⁵⁵⁹ NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 224.

Em busca de refazer o equilíbrio entre executivo e legislativo, evitar os excessos no uso e atender à necessidade de se efetivar a discussão sobre as medidas provisórias, reposicionando o parlamento no controle da legislação de urgência, a revisão constitucional do art. 62 se impunha.

3.1.2 *Incremento da participação do legislativo com a Emenda Constitucional nº 32*

A Emenda Constitucional nº 32, aprovada em setembro de 2001, reestabelece o controle do parlamento a cada medida provisória e muda o equilíbrio de forças entre executivo e legislativo, em prol do Congresso Nacional. A reedição é vedada e o trâmite legislativo passa a ser detalhado na constituição. Os efeitos do novo arranjo vão se dando ao longo dos anos, com a afirmação de práticas pelo Congresso que enfatizam a característica de projeto de lei *sui generis* da medida provisória. O parlamento sai favorecido na sua capacidade de controle e como partícipe efetivo no conteúdo, com clara contribuição para a formulação legislativa iniciada com o provimento de urgência.

O incremento da participação do legislativo pode ser visto a partir: (i) dos pontos inseridos com o novo texto do art. 62, com destaque para o fim da reedição; (ii) dos efeitos benéficos da reforma; e (iii) novas dificuldades e consequências inesperadas trazidas pelo detalhamento constitucional do trâmite legislativo.

A reforma constitucional (i) modificou pontos no art. 62 com o objetivo de coibir o comportamento cristalizado à margem do texto constitucional que reforçava demasiadamente o poder de legislar do executivo. O regramento é uma expectativa de arranjo, que só se concretiza com a prática política. Prática esta que, turbinada pela reedição com alteração de texto, tornava o governo legislador de fato, ainda que, pelo direito, legislador precário devido à falta de conversão em lei dos textos. Para ampliar o papel do parlamento, é necessário reduzir parte das vantagens que a medida provisória representava para o governo.

O conteúdo do artigo 62 da Constituição foi modificado e ampliado: ampliou-se o período de validade das MPs e detalhou-se sua forma de apreciação pelo legislativo, alçando as regras de análise e tramitação previstas em resolução do Congresso a nível constitucional. Além disso, definiu-se escopo temático de exclusão de decretação de urgência; previu-se

período maior para ultimar a análise, com acréscimo do sobrestamento da pauta, vedação da reedição pelo presidente e sua substituição pela prorrogação da vigência decretada pelo parlamento.

Em um sistema de compartilhamento de poderes, todo reforço de um órgão se faz em detrimento de outro⁵⁶⁰. Muda-se o texto constitucional para mudar os comportamentos políticos, diante da incapacidade de os governos mudarem o próprio comportamento⁵⁶¹.

Na análise do próprio Congresso Nacional, as medidas provisórias não eram votadas devido a dificuldades associadas ao trâmite legislativo: falta de quórum nas sessões conjuntas de votação das MPs, desconhecimento do plenário sobre os temas ali abordados e a exiguidade do tempo de tramitação eram apontadas como as principais dificuldades práticas do sistema. Em muitos casos, a Comissão Mista não se reunia e o relator era nomeado em plenário: a tramitação estava incompleta. Tal cenário facilitava a omissão dos parlamentares na votação, pois seria mais conveniente permitir a reedição do que aprovar matérias sem amadurecer o debate. As alterações deveriam forçar a análise do Congresso Nacional, confiando em pré-acordo com o Congresso sobre a emissão⁵⁶².

A nova disciplina substituiu o texto original, sintético com caput e parágrafo único, por um artigo composto de doze parágrafos. O parágrafo único, que disciplinava sozinho todo o trâmite legislativo da MP foi substituído por outros dez.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

⁵⁶⁰ PEZANT, Jean-Louis. De la mise en œuvre des constitutions: l'exception française. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008. p. 409-417, p. 417.

⁵⁶¹ MONTALIVET, Pierre de. La ratification des ordonnances. *Petites affiches*, n. 254, p. 59, 19 décembre 2008.

⁵⁶² FOGAÇA, José. Medidas provisórias e imunidade parlamentar. In CARVALHO, Guido Faria (org). *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira*, 2003. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p. 221-235, p. 230.

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

A definição do campo de temas aos quais se interdita dispor em medida provisória inserida no § 1º reflete tanto necessidade de explicitação quanto adaptação a práticas

realizadas. Boa parte das vedações de casos para edição trazidas pela EC 32 tem por objetivo aprimorar o controle sobre o uso do instituto, tendo em vista a preservação e proteção de direitos fundamentais por meio da inserção de travas à possibilidade de editar MP em situações que possam afetar esses direitos.

Dos temas excluídos do escopo da legislação de urgência, alguns são fruto de debates no parlamento e, outros, nos tribunais. O primeiro exemplo é a proibição constante no § 1º, inciso II, de sequestro de ativos financeiros via medida provisória, caso facilmente relacionado com o Plano Collor e o confisco da poupança. A vedação para tratar de matéria de direito penal e processual penal estaria relacionada com o julgamento da ADI nº 162-1, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a MP nº 111, a partir do qual o STF alterou sua jurisprudência sobre o controle dos requisitos de urgência e relevância para edição de medidas provisórias. O terceiro e último exemplo é a proibição de reedição de MP rejeitada pelo Congresso Nacional na mesma sessão legislativa. Nesse caso, recorda-se a ADI 293-7, na qual o próprio STF já instituía tal restrição⁵⁶³.

O §2º, que trata da medida provisória de majoração de impostos, explicita a necessidade de respeito ao princípio da anterioridade tributária, mas causa controvérsias doutrinárias quanto à sua leitura combinada ao requisito de urgência. Há quem aponte contradição entre os dois, uma vez que presidente da República poderia enviar projeto de lei, com urgência constitucional para apreciação do Congresso dispondo sobre a mesma matéria. Em vez de um provimento de urgência, sem eficácia imediata, que só produzirá efeitos jurídicos após sua conversão em lei.

O aumento de impostos por MP não é urgente sob o princípio da anterioridade tributária e transforma a medida em projeto de lei⁵⁶⁴. A exigência da anterioridade tributária prova a falta do pressuposto de urgência, com a permissão da constituição, embora o §2º

⁵⁶³ DA ROS, Luciano. Poder de decreto e accountability horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*, v. 16, n. 31, p. 143-160, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782008000200011>>. Acesso em: 21jun.2015.

⁵⁶⁴ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 77.

colida com o caput do art. 62⁵⁶⁵. Contudo, o fato é que o Supremo Tribunal Federal já admitia a possibilidade de majoração de impostos por medida provisória, desde que respeitado o princípio da anterioridade tributária⁵⁶⁶, e o parágrafo apenas assimila tal entendimento jurisprudencial. O que a inovação objetiva é apenas compatibilizar os princípios da anterioridade e da estrita legalidade, não havendo incongruência entre o instituto da medida provisória e a instituição ou majoração de tributos⁵⁶⁷.

O terceiro parágrafo trata ponto nevrálgico: a vigência, modificada para comportar prazo maior de análise e, ao mesmo tempo, eliminar a prática da reedição. Precisa ser lido em conjunto com os §§ 4º, 6º e 7º. Dos antigos 30 dias de vigência, com reedições constantes pelo presidente da República, passa-se a 60 dias, vedada a reedição, e permitida apenas a prorrogação da vigência. Para garantir a votação, estabelece-se o regime de urgência após 45 dias da emissão, combinado com o sobrestamento automático da pauta da casa em que esteja tramitando.

Entre todas as inovações trazidas, essa é a mais significativa, pois estabelece mecanismo de autoproteção contra a exacerbação da adoção e renovação de MPs⁵⁶⁸. O prazo máximo de seis meses de vigência, contando períodos de recesso parlamentar e prazo para sanção, obrigaria o executivo a adotar a prudência em sua emissão, sob o risco de perder as inovações dela decorrentes. Assim, o fato de a MP ter vigência imediata e por, no máximo, seis meses, geralmente quatro em períodos sem recesso, traria incentivo para que seu texto fosse mais alinhado às preferências do Congresso Nacional, sob pena de gerar um quadro jurídico ainda mais instável que o regime anterior e desgaste para o executivo.

A alteração no prazo de vigência dá mais tranquilidade para que os debates parlamentares ocorram da forma devida e, ao mesmo tempo, aumenta o ônus para o executivo da não aprovação da matéria com a vedação de reedição e a perda de eficácia ex

⁵⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 538; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003, p. 152.

⁵⁶⁶ ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 36.

⁵⁶⁷ GALIANO, Leonardo de Faria. *As medidas provisórias como veículo indutor de normas tributárias*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 242-245.

⁵⁶⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201-202.

tunc. Havia expectativa de que se reduzisse o seu uso pelo presidente, pois se eleva o risco decorrente de eventual rejeição do texto, sobretudo porque busca-se garantir a votação com o bloqueio das demais votações em cada casa.

A prorrogação se dá por comunicação oficial do presidente do Congresso, sem intervenção do presidente da República. Tal prorrogação é automática⁵⁶⁹, revestindo-se o ato do Congresso de publicização.

Quanto ao trâmite, expresso nos §§ 5º, 6º, 8º e 9º, especifica que a análise da medida provisória somente ocorrerá após o juízo de admissibilidade, haverá sobrestamento da pauta para garantir a votação, a votação se inicia pela Câmara dos Deputados, e que a análise compete à uma comissão mista de deputados e senadores, que se encarregará de emitir o parecer que será votado, separadamente, em cada casa. Esses dispositivos não representam inovação, pois a disciplina já estava prevista na resolução do Congresso, exceto o sobrestamento da pauta. A diferença principal está na realização das seções separadas, pois a resolução previa seção conjunta.

Embora possa se apontar incoerência entre a perda de vigência sem a prorrogação ou por decurso do prazo sem votação e o sobrestamento da pauta que faria com que todas as MPs fossem votadas⁵⁷⁰, a realidade do trâmite legislativo é que a entrada em pauta não significa votação obrigatória. São, portanto, inteiramente compatíveis entre si os §§ 3º e 6º.

O §10 trata da proibição de reeditar medida provisória rejeitada expressamente ou implicitamente. Trata-se de reforço da vedação de reedição que respeita a jurisprudência do STF.

Os §§ 11 e 12 resolvem duas situações de insegurança jurídica do regime anterior: a disciplina das relações contraídas sob a vigência de medida provisória que posteriormente

⁵⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 538.

perde a eficácia; e o vácuo legislativo entre o término da vigência e a sanção de projeto de lei de conversão da mesma medida.

Quanto à disciplina das relações jurídicas contraídas, há total transformação das consequências da rejeição ou não votação: antes, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário; agora, eles perduram válidos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário⁵⁷¹. O dispositivo resolve a inação do Congresso ao permitir que a MP perdure, embora circunscrita e limitada, e somente após sessenta dias sem manifestação do legislativo. Embora a regra seja a ordem para elaboração do decreto legislativo e exceção a manutenção do texto do executivo, a experiência anterior é suficiente para indicar que serão raras as ocasiões em que isso será feito, tornando a exceção, a regra.

O padrão é a manutenção das relações jurídicas firmadas, salvo se acaso decreto legislativo dispuser de modo diverso e no prazo de sessenta dias. Nesse sentido, recupera-se característica do modelo do decreto-lei, em benefício da segurança jurídica⁵⁷².

Ao final, a MP não convertida termina por criar obrigação não aprovada expressamente pelo legislativo, o que violaria o princípio da separação de poderes e a prerrogativa exclusiva do legislativo em impor as leis⁵⁷³.

Quanto ao vácuo legislativo, ele pode decorrer da aprovação do projeto de lei de conversão no último dia da vigência combinada com o prazo constitucional de sanção. Com o § 12, a MP ganha uma sobrevida, bastante curta, até a promulgação da lei que a substituirá, definitivamente, no ordenamento jurídico.

O resumo das diferenças entre o regulamento constitucional das medidas provisórias consta do quadro a seguir.

⁵⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵⁷² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Comentários ao Art. 62. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alli*. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1240.

⁵⁷³ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 74-75.

Quadro 3 – Comparativo das regras sobre medidas provisórias antes e depois da EC 32

	Art. 62 Original	EC 32
Análise e votação	Comissão mista e votação em sessão do Congresso Nacional	Comissão mista e, após parecer, a tramitação inicia-se na Câmara dos Deputados, com votação separada em cada casa.
Vigência	30 dias, permitida a reedição <i>ad infinitum</i>	60 dias, com prorrogação automática por mais 60 dias, totalizando 120 dias
Entrada na pauta	Indefinida	Obrigatoriamente após decorridos 45 dias de sua publicação, em regime de urgência com sobrestamento da pauta em cada uma das casas.
Exclusão da possibilidade de emissão	Não trata	Matéria penal, nacionalidade e direitos políticos, e restrição de casos para matéria tributária por meio de MP, com produção de efeitos para o ano seguinte.
Revogação	Não trata	Permitida por outra MP

A (ii) reforma do art. 62 traz efeitos benéficos para a balança de poderes entre executivo e legislativo. Antes, com o mecanismo da reedição, o parlamento se alijava do processo legislativo tradicional, barganhando em situações específicas alterações no texto que viriam na edição seguinte. Por ser um arranjo informal, podava a participação dos parlamentares e não era transparente.

Com o novo texto, que impõe limitações que já vinham sendo discutidas desde o início dos anos 90⁵⁷⁴, o Congresso passa a participar obrigatoriamente do processo legislativo da medida provisória. O fim da reedição e a vigência maior são pontos positivos⁵⁷⁵.

O principal ganho da reforma é a viabilização do controle parlamentar por meio da discussão e alterações no texto proposto pelo executivo. O texto é trabalhado no Congresso e as alterações são numerosas, como ficará claro no item 3.2.

⁵⁷⁴ DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 79 e ss.

⁵⁷⁵ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 73.

O segundo é a conversão da provisoriedade em medidas definitivas – até alteração superveniente – integrantes da ordem jurídica brasileira. Antes, a reedição infinita garantia a eficácia jurídica, mas impedia a transformação em lei. Agora, sem a reedição, as MPs deverão ser convertidas em lei para a manutenção da eficácia jurídica no tempo presente. Ainda que aquelas rejeitadas e ou não convertidas dentro do prazo legal possam manter a eficácia na inexistência de decreto legislativo para regular as relações contraídas sob o signo da provisoriedade, tal eficácia é circunscrita ao passado.

Nesse sentido, sob o ponto de vista da defesa do sistema de pesos e contrapesos e da prerrogativa parlamentar de definição das leis, o regime da medida provisória estabelecido desde o fim de 2001 garante o controle. A EC 32 restaurou o equilíbrio no compartilhamento da função legislativa entre governo e Congresso e alterou a dinâmica entre os dois.

A obrigatoriedade da discussão das MPs gera taxas de conversão elevadas, sinal de envolvimento do legislativo. Os índices são estáveis na média em 83%, porém sofrem alterações conforme o governo. Considerando todo o período após a EC 32 até o final de 2015, último ano analisado nesta tese, é o primeiro governo Dilma que detém as menores taxas de conversão, recuperando-se após a reeleição. O índice mais alto é do primeiro governo Lula, que sofre queda no período seguinte.

Ainda que a conversão possa ser encarada como sucesso presidencial, ela é mais do que isso: significa sucesso do governo, que para ser conquistado depende da colaboração executivo e legislativo. E como tal colaboração é fruto da dinâmica política, a aprovação de medidas provisórias oscila entre os governos mais do que oscila o número de MPs editadas.

Tabela 3 – Aprovação de medidas provisórias desde a EC 32

	FHC (2001 a 2002)	Lula (2003 a 2006)	Lula (2007 a 2010)	Dilma (2011 a 2014)	Dilma (2015)
Sucesso presidencial	85%	90%	83%	73%	79%
Fracasso presidencial*	15%	10%	17%	27%	21%

* Engloba medidas arquivadas, prejudicadas, rejeitadas, revogadas, sem eficácia e vetadas.

A manutenção do elevado número de medidas provisórias após a EC 32 demonstra sua importância como instrumento e veículo da função de legislar do governo. Nos dezesseis meses do governo Fernando Henrique Cardoso após a EC 32, a média foi de cerca de seis MPs editadas, totalizando 106. Considerando os dois mandatos do presidente Lula, foram adotadas 419 medidas provisórias, isto é, um pouco mais de quatro por mês. No primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff, foram emitidas 145 MPs, praticamente três por mês.

Comparando o cenário existente antes da EC 32 com os seus desdobramentos até 2006, não ocorreram alterações significativas no padrão de edição de MPs, ainda que se tenha elevado o número de medidas convertidas em lei⁵⁷⁶.

A MP, enquanto instrumento exclusivo do presidente para simultaneamente decretar uma lei de vigência imediata e provisória e iniciar o trâmite legislativo, não causa danos estruturais aos pilares da separação de poderes sob a ótica do critério de independência. Ao contrário, reforça o compartilhamento da função de legislar, evidenciando a falta de especialização dos órgãos.

A própria opção durante a reforma por manter a medida provisória como uma prerrogativa ampla, salvo restrições de uso pontuais e específicas, demonstra o entendimento de que ela é uma parte relevante da função legislativa, indo além da simples legiferação de urgência. Funciona como instrumento *sui generis* de acionamento do processo legislativo e é essa característica que ficará evidente conforme amadurece o novo regime e será mais bem explicada ao longo deste capítulo.

A reforma constitucional, contudo, cria (iii) novas dificuldades com o detalhamento constitucional do trâmite legislativo e traz consequências inesperadas para o incremento da participação do parlamento. A constitucionalização das regras de trâmite da MP trará consequências ao longo dos anos e será combustível para novas disputas. Por um lado, elas aumentam a participação do Congresso Nacional na discussão. Por outro lado, novos problemas foram criados com, primeiro, obrigatoriedade de entrada na ordem do dia e

⁵⁷⁶ DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 192.

sobrestamento da pauta; e, segundo, com a criação da comissão mista. O suposto controle de agenda dado ao executivo aprofunda, na prática, a necessidade de colaboração entre os dois poderes e fortalece ainda mais a posição negociadora do parlamento, que detém o controle real sobre o processo legislativo da medida provisória.

O controle da agenda do parlamento é ponto sensível. Com o art. 62 o presidente da República reúne poder de legislar e poder de agenda em três dimensões: definição do tema, convocação, e ordem do dia. O encaminhamento da MP para análise do Congresso implica a escolha de um tema de política pública e a forma como este deve ser regulado. A disciplina provisória é também uma proposta de projeto de lei com a posição do executivo. Os parlamentares são automaticamente convocados para esse debate. A entrada na ordem do dia explicita ainda mais tal convocação.

A possibilidade de controlar a agenda e influir ativamente no processo legislativo faz parte da eficiência do processo democrático, pois o governo eleito deve ser capaz de implementar suas políticas e a medida provisória facilita esse processo⁵⁷⁷.

Com o volume de MPs emitidas, cerca de quatro por mês, o Congresso tem suas sessões consumidas pela pauta enviada pelo executivo, restando pouco espaço para outros temas escolhidos pelo presidente da casa.

Ademais, a MP precisa ser votada nas duas casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal. O sobrestamento da pauta prejudica a participação do segundo, pois este recebe o texto com prazo de votação vencido ou muito próximo de expirar⁵⁷⁸. Em 2015, a Câmara dos Deputados levou, em média, 90 dias para votar as MPs, deixando cerca de 13 para o Senado⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 45; 66.

⁵⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 132; CUNHA, Lucas Rodrigues. Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução institucional do Executivo e do Legislativo no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 103, p. 325-355, jun./set. 2012, p. 349.

⁵⁷⁹ REZENDE, Renato Horta; LIMA, Eduardo Martins de. A determinação executiva na atividade típica legislativa no Brasil. *Justiça do Direito*, v. 30, n. 3, p. 542-573, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i3>>. Acesso em: 16jul.2017, p. 560.

As MPs representam possibilidade concreta de interferir na pauta do parlamento sem necessidade de negociação prévia, com previsão de votação da matéria em cerca de 120 dias, o que incentiva o seu uso pelo executivo, a despeito da inconveniência do trancamento de pauta. Na Câmara, das 1027 sessões deliberativas ocorridas entre 2002 e 2008, apenas 380 estavam desobstruídas, e no Senado, entre 2005 e 2008, das 450 sessões deliberativas, somente em 143 não houve impedimento das votações por MPs com prazo vencido⁵⁸⁰.

Defendido por alguns como instrumento em defesa da minoria contra a obstrução da maioria nas votações e, assim, efetivar a participação do Congresso nas medidas provisórias⁵⁸¹, o sobrestamento da pauta foi um incentivo institucional ao presidente para controlar a agenda do Congresso e não constrangeu os presidentes na edição de MPs⁵⁸².

Contudo, o trancamento da pauta nem sempre opera a favor do executivo. Em março de 2002, episódio curioso envolveu a votação de proposta de emenda constitucional e medidas provisórias que aguardavam votação. Tratava-se da emenda para prorrogação da CPMF que, se não fosse votada a tempo, implicaria perdas de arrecadação, pois criaria intervalo de tempo sem cobrança dada a necessidade de cumprir o prazo constitucional de 90 dias antes do início da cobrança. Duas medidas provisórias dificultavam a votação, pois tratavam temas complexos cuja negociação do texto do projeto de lei de conversão levava tempo. A pauta ficou trancada em 24 de março e a primeira MP que a bloqueava só foi votada em 10 de abril, quando outras 19 MPs já sobrestavam a pauta. Em esforço concentrado, 21 MPs foram votadas em dois dias, 16 e 17 de abril de 2002, permitindo a posterior votação da emenda constitucional da CPMF em segundo turno e seu encaminhamento ao Senado⁵⁸³.

⁵⁸⁰ MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 103; 110.

⁵⁸¹ PIRES, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília: 2008, p. 83.

⁵⁸² PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J; RENNÓ, Lúcio. Agenda Power, Executive Decree Authority, and the Mixed Results of Reform in the Brazilian Congress. *Legislative Studies Quarterly*, v. XXXXIII, n. 1, p. 5-33, fev. 2008.

⁵⁸³ ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002, p. 67-69.

Assim, embora possa fortalecer o executivo em alguns momentos, o sobrestamento da pauta implica desafios no processo legislativo.

O governo, por vezes, precisou usar do artifício de revogação de medida provisória que trancava a pauta para liberar a votação. Se a CPMF foi resolvida por acordo, a votação da PEC 41/2003, que trazia alterações no sistema tributário, só se deu após a edição de MP cujo único objetivo era revogar outra em tramitação, aproveitando-se da jurisprudência do STF que aceitava revogação de MP por outra MP. O caso específico foi à corte, cabendo ao min. Sepúlveda Pertence negar liminar à ação que questionava tal estratégia de liberação de pauta⁵⁸⁴. Em 2007, o governo voltou a editar MPs com o único objetivo de destrancar a pauta e permitir a votação de outras matérias⁵⁸⁵. Ainda, a base aliada recorreu à obstrução da pauta da Câmara para evitar a votação de medidas provisórias e seu envio ao Senado, com o claro objetivo de manter a pauta da segunda casa livre para votação da PEC da nova prorrogação da CPMF⁵⁸⁶.

A solução definitiva veio em 2009 com a definição de projetos que podem ser votados independentemente da existência de MPs trancando a pauta: propostas de emenda à constituição, lei complementar, projetos de resolução e projetos de decreto legislativo.

A decisão foi proferida primeiro pelo presidente da Câmara à época, dep. Michel Temer, e posteriormente referendada em liminar pelo min. Celso de Mello, associando as medidas provisórias aos projetos de lei ordinária. Logo, tudo que não for passível de ser tratado por projeto de lei ordinária, não o é por medida provisória e, portanto, pode a casa

⁵⁸⁴ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. *O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atuação do poder legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, 2007, p. 493; 497-8.

⁵⁸⁵ OLIVEIRA, Magali Carvalho A. de. *Medidas provisórias e a relação executivo X legislativo: uma visão do sobrestamento da pauta*. 2009. Monografia (Especialização em Instituições e Processos Políticos) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009.

⁵⁸⁶ SANTI, Marcos Evandro Cardoso. Medida provisória e sobrestamento de pauta: uma combinação restritiva dos poderes do Congresso Nacional. In DANTAS, Bruno. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 1-19. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/medida-provisoria-e-sobrestamento-de-pauta-uma-combinacao-restritiva-dos-poder>>. Acesso em: 21jan.2017, p. 13.

decidir sobre outras espécies normativas. A decisão teria a virtude de devolver ao parlamento o poder de agenda⁵⁸⁷.

Tal entendimento foi construído pela Questão de Ordem nº 411, de 17 de março de 2009, em que o presidente da Câmara respondeu à indagação do dep. Regis de Oliveira sobre a possibilidade de excluir as resoluções da Câmara do bloqueio da pauta causado pelas medidas provisórias (CF, art. 59, VII). O argumento original baseava-se na qualidade de matéria *interna corporis*, interpretando a resolução como ato excluído do conjunto das deliberações legislativas previstas no art. 62, §6º.

A resposta veio com duas justificativas, uma política e outra jurídica. A política era a probabilidade de, mantido o quadro presente naquele momento, a Câmara votar apenas medidas provisórias ao longo do ano, sem margem para debater outros projetos em vista do trancamento da pauta. A jurídica foi construída afirmando que a medida provisória é legislação de exceção e, por esse motivo, deve ser interpretada restritivamente. Tal restrição resgataria a tarefa primordial do Congresso: legislar. Assim foi feito o elo entre os temas passíveis de serem tratados por MP e aqueles que, não sendo matéria de lei ordinária, podem ser deliberados pelo parlamento em sessões extraordinárias⁵⁸⁸.

A decisão foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal em discussão de medida liminar⁵⁸⁹ relatada confirmando a exclusão do bloqueio de pauta para “as propostas de emenda à Constituição e os projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e, até mesmo, tratando-se de projetos de lei ordinária, aqueles que veiculem temas pré-excluídos do âmbito de incidência das medidas provisórias (CF, art. 62, § 1º, I, II e IV)”.

O problema de trancamento da pauta, que dava prioridade ao governo com suas medidas provisórias, era bastante criticado pelos parlamentares. Ele era usado pelo executivo

⁵⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 682.

⁵⁸⁸ Questão de Ordem nº 411, de 17 de março de 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/buscaQordem>>. Acesso em: 23jan.2019.

⁵⁸⁹ STF. MS 27.931-1-MC, rel. min, Celso de Mello. Julgado em 06.04.2009, DJe 15.04.2009.

como poder de agenda, controlando o andamento de toda a produção normativa, pois grande número de MPs inviabilizava também a votação de projetos aos quais o governo era contra⁵⁹⁰.

Se, por um lado, as medidas provisórias incitam ao debate normativo; por outro, editadas em excesso bloqueiam as discussões no Congresso, o que pode refletir negativamente para governo e parlamento. O uso das medidas provisórias como instrumento legislativo preferencial para implementação de políticas públicas em contraposição ao trâmite regular de projetos de lei possui implicações concretas para o processo legislativo e para a relação entre os poderes⁵⁹¹. Em um primeiro momento, pode-se imaginar que a regra de exclusão de espécies de propostas normativas do trancamento favorece o Congresso Nacional. Porém, ela favorece sobretudo o governo, pois permite a votação de reformas de grande impacto, como a previdência, isto é, todas as propostas de emenda constitucional e questões tributárias que dependam de lei complementar. São duas espécies que só são votadas, teoricamente, por movimento coordenado entre executivo e legislativo, pois as exigências de quórum tornam necessária ampla base parlamentar de apoio. Leis ordinárias continuam podendo ser aprovadas diretamente em comissão, com decisão terminativa, como já ocorria antes mesmo com o sobrestamento da pauta. Como fica claro no caso de edição de MP com o objetivo de revogar outra que bloqueia a pauta, o beneficiário do destrancamento é o governo.

O sobrestamento possui, portanto, efeito contrário para o fortalecimento do parlamento no processo de análise das medidas provisórias. Era claramente um instrumento de fortalecimento do poder de agenda do governo, mas também poderia lhe trazer dificuldades dado o elevado volume de medidas provisórias em tramitação diante de agenda concorrente de reforma constitucional.

Ainda assim, o fato de um item estar em pauta não significa que será votado no mesmo dia: obstruções, acordos para inversão de pauta prolongam o tempo dedicado para votar as matérias de interesse do governo. A oposição usa do mecanismo da obstrução para retardar

⁵⁹⁰ PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 149.

⁵⁹¹ PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J; RENNÓ, Lúcio. Agenda Power, Executive Decree Authority, and the Mixed Results of Reform in the Brazilian Congress, *Legislative Studies Quarterly*, v. XXXIII, n. 1, p. 5-33, fev. 2008.

a votação da matéria, não registrando a presença nas seções para tentar fazer com que a medida perca a eficácia por não aprovação no prazo constitucional⁵⁹². E o Congresso ainda joga com a interpretação de que a MP só pode trancar a pauta a partir do momento em que for lida no plenário, chegando-se ao limite de se esperar três semanas para leitura⁵⁹³.

A garantia da votação depende a articulação governo e Congresso, visto que a base de apoio do governo é heterogênea e volúvel. Ao Congresso sempre restará a opção de não votar diante de grande desacordo com o governo.

O segundo ponto que trouxe dificuldades para o processo legislativo da legiferação de urgência é a previsão de análise da medida provisória por uma comissão mista. A ausência de reunião da comissão mista e a prevalência da designação de relator em plenário perdura até 2012 a despeito do novo texto constitucional. O trâmite em comissão mista, composta por deputados e senadores, diante de prazos constitucionais apertados estimulava a não reunião do grupo em razão o desafio de quórum. O trabalho do Congresso não para e abrir mão de mais uma comissão, optando pela designação de relator em plenário, trazia vantagens tanto para o governo quanto para o parlamento.

Operou-se acordo entre ambos para que esta parte definida constitucionalmente pudesse ser contornada com disposições alternativas elaboradas pelo próprio Congresso Nacional na Resolução nº 1, de 2002, que regula o trâmite de análise das medidas provisórias. A instalação da comissão mista é prevista, assim como um prazo limite depois do qual a matéria pode ser trabalhada em plenário, com parecer ali proferido diretamente quando a comissão não se manifesta. Tal procedimento facilitava a aproximação entre relator e governo, que assim mantinha controle maior sobre o texto do projeto de lei de conversão.

Com o esvaziamento das comissões mistas, não havia discussão prévia antes de 2012, com a instrução em plenário e a apreciação da matéria, por vezes, de maneira açodada. A

⁵⁹² JALES, Luciano César D. *O contexto das medidas provisórias na produção legislativa*. 2009. Monografia (Especialização em Administração Legislativa) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2009, p. 42.

⁵⁹³ ENTREVISTADO 2, 2017.

velocidade na votação e a falta de informações disponíveis aos parlamentares favoreciam o governo⁵⁹⁴.

A distância entre a prática e o texto constitucional só será resolvida com a intervenção do STF em 2012, alterando novamente o equilíbrio na relação governo e parlamento (vide item 4.3).

A partir daí todas as MP passam a ser analisadas na comissão mista, obrigatoriamente, o que a torna locus de negociação e composição de interesses. A relatoria, antes concentrada na Câmara, passa a se alternar entre Câmara e Senado, bem como a presidência da comissão. Por esse lado, aumenta a participação potencial dos senadores na formulação de eventual projeto de lei de conversão, ampliando o seu papel de revisores para efetivos formuladores. Porém, o prazo para apresentação de emendas é curto: somente seis dias seguintes ao recebimento da medida provisória pelo Congresso. Além disso, há desafios para realização de reuniões dadas as necessidades de quórum de deputados e senadores e essa instância não tem prazo para conclusão do parecer (conforme o entendimento do tribunal constitucional).

Assim, a passagem pela comissão mista torna-se obrigatória e inafastável, acrescentando atores e etapas que não existiam antes de 2012.

A comissão mista tem o efeito imediato de diminuir o poder do governo ao diminuir o poder do relator, acabar com as emendas de plenário e trazer a preocupação do quórum das reuniões. O relator deixa de ser o único foco de negociação do executivo, que podia ainda organizar a escolha junto com a base aliada, e seu relatório passa a ser obrigatoriamente conhecido com antecedência. O espaço temporal de negociação do texto diminui. Quanto às emendas, deixam de ser permitidas em plenário, limitando o poder do próprio relator. Por fim, o manejo do quórum das reuniões da comissão, diante de outras reuniões de comissão e plenário de cada casa, é difícil diante do número elevado de MPs e reduzido número de senadores. A gestão do procedimento é complexa e algumas medidas caem mesmo quando

⁵⁹⁴ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 83.

há intenção de aprovar. Vista como pró-racional, a obrigatoriedade da comissão diminui o poder do executivo controlar o trâmite legislativo da MP⁵⁹⁵.

Por outro lado, a comissão mista traz as vantagens do período temporal para apresentação de emendas e a participação dos senadores, que tende a ser mais alinhada com o governo. Os seis dias nos quais as emendas são recebíveis colaboram para reduzir o número de propostas de alteração, circunscritas nesse espaço temporal. Ao final, ganha-se mais conhecimento sobre o texto, pois o relatório é aprovado com antecedência da votação em plenário, permitindo negociações marginais⁵⁹⁶.

A passagem pela comissão mista gera efeitos também sobre a pauta do Congresso, especialmente a da Câmara, pois com os prazos definidos, na média, as MPs saem da comissão cerca de três a duas semanas antes do vencimento e no dia seguinte já podem ser votadas em plenário. Uma vez votadas, liberam a pauta, dando o controle ao Congresso sobre a desobstrução⁵⁹⁷.

No cômputo geral, os aspectos de potencial conflito entre poderes e de desvantagens do uso das MPs para a saúde do próprio sistema político, ao desequilibrar a balança em favor do executivo, foram minorados com as alterações promovidas pela EC 32. O governo tem incentivos institucionais – proibição de reedição, perda de eficácia pela não votação, sobrestamento da pauta – para se alinhar com o Congresso em torno do texto, o que era um dos objetivos elencados pelo sen. José Fogaça, redator da EC 32.

Tem de ser urgente e relevante e tem que estar pelo menos acordado, acertado com as lideranças do Congresso. Isso também gera uma maior conciliação de interesses, de visões das duas partes, do Congresso e do Presidente da República; também obriga, de outra parte, o Congresso a se debruçar, estudar, não passar ao largo como fazia no modelo anterior⁵⁹⁸.

A revisão constitucional teve por objetivo permitir a efetiva participação do poder legislativo na construção normativa iniciada pela medida provisória e, consequentemente,

⁵⁹⁵ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁵⁹⁶ ENTREVISTADO 3, 2017.

⁵⁹⁷ ENTREVISTADO 2, 2017.

⁵⁹⁸ FOGAÇA, José. Medidas provisórias e imunidade parlamentar. In CARVALHO, Guido Faria (org). *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira*, 2003. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p. 221-235, p. 230.

dotar de estabilidade jurídica a legislação antes provisória. O poder de decreto foi mantido, com ajustes no trâmite de conversão em lei de um instrumento provisório e legalmente precário.

Operam, portanto, a favor do reequilíbrio do poder de legislar via medida provisória o fim da reedição e o prazo fatal de eficácia e conversão em lei. A reedição permitia ao governo implementar sua agenda legislativa de forma autônoma e o seu fim inviabiliza a aprovação de texto sem o apoio do Congresso.

Do outro lado, são duvidosos os benefícios do sobrestamento da pauta e da comissão mista. O sobrestamento pode operar tanto a favor quanto contra o governo, dependendo do apoio político e o tipo de relação com o Congresso. A obrigatoriedade da comissão mista, por sua vez, pode favorecer o poder de negociação do Congresso em torno do projeto de lei de conversão e a participação dos parlamentares com a proposição de emendas, mas também pode dificultar a aprovação das medidas diante do desafio de quórum da comissão em cenário no qual são muitas as comissões de MP em andamento simultaneamente.

A frequência de emissão de medidas provisórias pela Presidência da República e os altos índices de conversão em lei nos faz pensar que sua importância e legitimidade enquanto instrumento de início do processo legislativo precisa ser considerada, sobretudo do ponto de vista da existência de relações cooperativas entre o executivo e legislativo. Com o novo trâmite da MP, com análise separada e sucessiva em cada uma das casas, e retorno à Câmara para apreciação de eventuais emendas do Senado, ela se assemelha ainda mais a um projeto de lei, ainda que já produza efeitos jurídicos.

As modificações trazidas pela EC 32 significaram a recalibragem do sistema e redistribuição de tarefas e papéis entre os poderes, com a consagração de verdadeiro espaço de debate no parlamento em torno do conteúdo das medidas provisórias, que passam a funcionar como projeto de lei *sui generis*.

Independente dos requisitos de urgência e relevância para sua emissão, a medida provisória se tornou uma das principais fontes de políticas públicas. E o Congresso é, cada vez mais, capaz de controlar a produção legislativa do governo e reequilibrar sua participação e colaboração no resultado normativo definitivo.

3.2 O controle positivo: aprovação, modificação e sanção como indicadores de interdependência e colaboração no processo legislativo

O parlamento brasileiro toma parte da legiferação de urgência emitida pelo presidente da República ao receber o texto e exercer sua prerrogativa de análise visando a rejeição ou conversão definitiva em lei. O sucesso final da iniciativa do governo depende da colaboração entre os dois poderes nos procedimentos legislativos que se sucedem à emissão da medida provisória. Ao executivo cabe a iniciativa discricionária diante dos requisitos de relevância e urgência. Ao legislativo cabe o controle político, avaliando a proposta do governo, transmutada em projeto de lei *sui generis*. Nesse controle, debate-se tanto o conteúdo quanto as possibilidades de aprimoramento, papel que vai muito além de simples ratificador da agenda legislativa governamental.

No cenário de compartilhamento da função de legislar entre governo e parlamento, a dimensão do controle é que resgata a balança de poderes e o equilíbrio entre as faculdades de estatuir e impedir. A MP, como catalizador do processo legislativo, implica concorrência na faculdade de estatuir entre executivo e legislativo. O primeiro elabora a proposta, o provimento provisório, e o segundo reelabora tal proposta, promovendo os ajustes, supressões e acréscimos que permitirão a entrada definitiva no ordenamento jurídico. A faculdade de impedir também é partilhada, mas de forma distinta. O executivo continua dotado do poder de veto antes da sanção do projeto de lei. E o legislativo ganha uma espécie de veto sobre o texto original, já vigente, que pode ser modificado ou simplesmente suprimido.

A capacidade do presidente da República participar ativamente da elaboração normativa é máxima com o instrumento da medida provisória. Ele tem a iniciativa do texto, o controle indireto da pauta de votação, e prerrogativa de veto. Faltam-lhe instrumentos de interferência direta no trâmite legislativo, tais como poder de emenda e controle ativo das deliberações. Ao mesmo tempo em que o executivo possui capacidade de colocar em marcha a máquina legislativa, nada lhe garante, institucionalmente, o resultado almejado.

Uma vez iniciado o movimento, o Congresso possui as prerrogativas usuais de controle de tramitação da MP, exceto quanto aos prazos de análise, impostos constitucionalmente. O governo tenta atuar no manejo desses prazos e na articulação com o relator designado.

Contudo, tanto nos prazos quanto na relatoria, o Congresso dispõe de espaço para pautar a discussão e trazer o governo para a negociação do texto. Mais importante: cabe sempre ao parlamento a palavra final sobre a proposta.

No cenário de elaboração de texto substitutivo com projeto de lei de conversão, a dinâmica, embora mais rápida do que um projeto de lei comum, assemelha-se bastante ao processo legislativo padrão, com a escolha de relator, proposição de emendas, votação em comissão e votação no plenário das duas casas. Isso faz com que o executivo precise acompanhar de perto toda a tramitação, de forma a resguardar os contornos de sua proposta original que, lembremos, já se encontra vigente no ordenamento jurídico.

Na lógica da balança de poderes, executivo e legislativo concorrem para a elaboração normativa. É inevitável o protagonismo do governo, cabendo ao legislativo controlar a ação legiferante do executivo e se apropriar das iniciativas para assim colaborar na produção normativa.

A medida provisória pode ser entendida como esse elemento de cooperação, uma aceleração do processo legislativo que força a entrada na pauta de determinados temas e favorece a integração entre executivo e legislativo em torno da agenda legislativa. Diante de sistema presidencialista multipartidário e na ausência de prerrogativas ao governo na discussão no parlamento, ela atua na superação dos entraves do processo legislativo e, como instrumento *sui generis* de proposição normativa, representa novo equilíbrio no compartilhamento da função legislativa entre governo e parlamento.

No Brasil, a edição de uma MP, imediatamente vigente com força de lei, dá início à discussão legislativa, que por conta de suas características, acelera a implantação de medidas importantes para o governo. Ainda que uma medida provisória seja materialmente lei, na prática, funciona como um projeto de lei com eficácia antecipada⁵⁹⁹.

Para comprovar o funcionamento desse novo arranjo, o procedimento de tramitação e o grau de alteração no texto original funcionam como indicadores da apropriação da proposta pelo legislativo e do controle exercido pelo parlamento. As regras constitucionais e

⁵⁹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

a dinâmica legislativa dão poderes suficientes ao legislativo para reequilibrar e corrigir os problemas da atribuição do poder de legislar ao executivo e aumentam a dependência do governo ao processo de negociação política.

O novo equilíbrio e compartilhamento da função de legislar pelo Congresso pode ser avaliado levando-se em conta o controle positivo ou negativo. Do lado do controle positivo, tem-se: (3.2.1) aprovação integral das medidas provisórias; (3.2.2) modificações realizadas pelo Congresso Nacional no texto original; e (3.2.3) sanção do projeto de lei de conversão como prova final da cooperação.

3.2.1 Aprovação integral: facilidade do executivo na conversão das medidas provisórias?

A aprovação integral de uma medida provisória significa a referenda total do Congresso à legislação de urgência e, por esse aspecto, pode ser tida como desequilíbrio em favor do executivo e ausência de controle efetivo. Contudo, ela se concentra nas medidas de cunho orçamentário, em especial abertura de crédito extraordinário. Trata-se de tema no qual a possibilidade de participação do Congresso é baixa por conta de limitações estabelecidas pela própria constituição. Quando o Congresso não aprova o crédito extraordinário é que se pode considerar que houve falha na cooperação.

Para se chegar à conclusão acima é necessário olhar a totalidade das medidas provisórias emitidas desde a EC 32 até o final de 2015, período compreendido neste trabalho, e verificar três níveis de análise: i) o índice de aprovações integrais de MP pelo Congresso Nacional; ii) a temática das MPs aprovadas integralmente; e iii) a possibilidade de alteração pelo Congresso.

O dado geral de aprovação das MPs é elevado: 83% em média, com variações conforme o tema. Tal índice precisa ser desdobrado para identificar as situações nas quais há aprovação sem nenhuma alteração no texto original e a partir daí explorar qual tipo de relação existe entre governo e parlamento.

No nível I da análise, tem-se que o índice de aprovação integral de medidas provisórias é de 33%. O que significa que das 709 MPs emitidas, 234 foram aprovadas sem emendas. Uma em cada três medidas editadas é aprovada sem alteração no Congresso Nacional, o que coloca

o governo em situação bastante confortável. Esse índice é maior do que o índice de MPs convertidas com alterações e sem veto algum, isto é, com emendas de deputados e senadores.

Tabela 4 – Medidas provisórias segundo situação e trâmite

Situação	Com emenda	Sem emenda	Não votada	Rejeitada	Com emenda e veto	Total Geral
Convertida	167	234			191	592
Rejeitada				34		34
Revogada			7	1		8
Veto integral					1	1
Vigência encerrada			74			74
Total	167	234	81	35	192	709
	(24%)	(33%)	(11%)	(5%)	(27%)	(100%)

Explorando mais os dados, no nível II de análise tem-se que a temática dessas 234 MPs é dominada pelas matérias de cunho orçamentário. Especificamente, crédito extraordinário, que corresponde a 52% das MPs aprovadas sem alteração pelo Congresso. Essas MPs representam 24% do total de medidas provisórias convertidas. Considerando as 159 MPs de crédito orçamentário editadas, 122, ou 77%, foram aprovadas sem emendas. O grupo contém residual de medidas sobre gestão orçamentária, classificadas como “outros” (5).

Tabela 5 – Medidas provisórias por macrotema segundo o trâmite

Macrotema	Com emenda	Sem emenda	Não votado	Rejeitada	Total Geral
Economia	183	36	31	10	260
Orçamento	19	124	16	5	164
<i>Crédito extraordinário</i>	17	122	16	4	159
<i>Outros</i>	2	2		1	5
Organização APF	74	45	12	10	141
Outros	13	14	11	4	42
Segurança pública	10	3	2	1	16
Social	60	12	9	5	86
Total	359	234	81	35	709

Abundam medidas para concessão de crédito extraordinário que disfarçam, na realidade, solicitação para abertura de créditos adicionais, na modalidade especial e suplementar, que deveriam seguir outro rito legislativo. Rito este que envolve autorização prévia do legislativo e indicação dos recursos correspondentes⁶⁰⁰. Ressalte-se que a lei

⁶⁰⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Álvaro Ayres de. *Medida provisória e crédito extraordinário: excesso de democracia ou crime de responsabilidade?* Brasília: Senado Federal, s.d., p. 71-75.

orçamentária já autoriza a abertura de créditos suplementares até determinados limites e condições⁶⁰¹, do que se infere que a MP venha para cuidar da transposição, remanejamento ou transferência de recursos acima do que já foi previamente autorizado.

O segundo macrotema que colabora para sucesso do governo mediante ausência de emendas dos parlamentares é a organização da administração pública federal direta e indireta. Engloba estruturação dos ministérios e secretarias ligadas à Presidência da República e das agências e entidades da administração indireta; regras de contratação e concessões específicas, bens da União e gestão de pessoal. Corresponde a 19% das MPs aprovadas sem emenda. Contudo, aqui a situação se inverte: o número de aprovadas sem emenda (45) é menor do que as alteradas (74).

Desdobrando esse tema, tem-se que a reestruturação das carreiras no serviço público e a concessão de reajustes salariais equivalem a 58% das proposições, das quais 44% foram aprovadas sem emenda. Trata-se de conjunto heterogêneo, mas com duas características a ressaltar: a) tratam de matéria de iniciativa privativa do presidente; e b) por envolverem previsão orçamentária para o reajuste salarial, a margem de alteração do parlamento deve se concentrar sobre os outros aspectos não orçamentários, com uma grande atuação dos representantes sindicais dos servidores.

Naquele que é o maior tema das medidas provisórias, a economia, são poucas as medidas econômicas que foram aprovadas integralmente, sem alteração no Congresso: apenas 15% das 234, ou 36 em 15 anos, nenhuma delas nos dois governos Dilma: foram 11 em cada mandato Lula e 14 com FHC. O percentual cai nos demais macrotemas sem emendas, que exercem pouca influência nesse item.

Em resumo, esses três grandes temas – economia, orçamento e organização administrativa – respondem por 79% das MPs e a aprovação integral deve-se, especialmente, às MPs que versam sobre créditos extraordinários.

⁶⁰¹ GURGEL, John Kennedy de Oliveira. *O controle de constitucionalidade de medidas provisórias quanto ao dispositivo de vedação de abertura de créditos extraordinários*. 2008. Monografia (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasília, 2008, p. 18.

Orçamento e organização administrativa são temas de iniciativa privativa do presidente e, em grande medida, também o são os projetos da área econômica, sem dúvida os tributários, por envolverem informações de impacto orçamentário que são de domínio do executivo, o que nos leva para mais um desdobramento, sobre a capacidade de se realizar alterações nessas matérias durante o trâmite no Congresso.

Mesmo que a constituição e os regimentos das assembleias consagrem privilégios ao executivo, a sua suposta dominância é fortemente influenciada pelo tipo de matéria apresentada⁶⁰². No caso das MPs de crédito extraordinário, além da ausência de conteúdo normativo, o próprio rito de análise favorece a aprovação: são as únicas que passaram por comissão mista antes de 2012, mas não comissão especial, e sim a comissão mista de orçamento, onde se designa relator e relator revisor, alternando deputados e senadores⁶⁰³.

O nível III de análise, sobre a possibilidade de alteração, permite explorar se a aprovação se deve a algum mecanismo institucional-legal que induza a cooperação total do parlamento. Como visto, a maioria são MPs de crédito extraordinário, isto é, matéria sem conteúdo normativo, como natural para toda lei orçamentária. Além disso, é vedado constitucionalmente ao parlamento aumentar a despesa prevista. Portanto, é esperada a não interferência do legislativo em certos temas.

Os parlamentares sofrem limitações institucionais para serem protagonistas nos temas econômicos em geral: a) a prerrogativa de iniciativa privativa de projetos de lei pelo PR em matéria orçamentária e tributos; b) a emenda de 2016 que exige que todo PL que crie ou altere despesa obrigatória ou implique em renúncia de receita deve ser acompanhado de estimativa de impacto orçamentário ou financeiro (art. 113 da CF); c) e as regras constitucionais para elaboração e trâmite de projetos de lei orçamentários. Há também

⁶⁰² SILVA, Rafael Silveira e. *Construindo e gerenciando estrategicamente a agenda legislativa do executivo: o fenômeno da Apropriação*. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2013, p. 22.

⁶⁰³ GURGEL, John Kennedy de Oliveira. *O controle de constitucionalidade de medidas provisórias quanto ao dispositivo de vedação de abertura de créditos extraordinários*. 2008. Monografia (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasília, 2008, p. 28-29.

limitações decorrentes da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:

I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;

II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

§ 2º As emendas serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional.

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

Os casos de alteração em MPs de tema orçamentário são residuais: dezessete ao total, quinze em MPs de crédito extraordinário, que só podem ser feitos redistribuindo o recurso já consignado pelo governo, isto é, ou anulando uma despesa e criando uma nova, ou aumentando o recurso de outra despesa já existente. Em ambos os casos, deve ser mantida a compatibilidade com o plano plurianual (CF, art. 166, §§ 3º e 4º). Há ocasiões em que são aprovados pequenos ajustes nas fontes de receita ou funções programáticas – isto é, onde pode ser gasto –, o que sinaliza uma interação com o executivo para tal definição. As emendas ocorridas são, portanto, de baixo alcance.

Uma emenda que altere o tipo de despesa que pode ser realizada está sujeita a veto por inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, por não ser admitido aumento de despesa em projetos de iniciativa exclusiva do presidente (CF, art. 63, I).

Outra situação que pode gerar alteração é a correção de erros ou omissões textuais, o que formalmente gera PLV, mas cujo impacto material é desprezível.

As ocasiões em que tais créditos deixam de ser votados (16) precisam ser relativizadas. Dessas, parte chegou a ter o parecer elaborado e, por força do art. 62, § 6º, foi pautada, porém não deliberada. De uma consta anotação no trâmite de que foi realizado acordo com o governo para a transformação em projeto de lei (MP 338/2006, que ajustava o orçamento de investimento de empresas estatais para o ano corrente, editada em 28 de dezembro). Se os efeitos concretos da MP sobre crédito extraordinário já foram exauridos, isto é, orçamento empenhado e pago, a não votação tem impacto zero, pois a perda de eficácia preserva os efeitos jurídicos do período em que a medida esteve vigente.

Olhando o grupo das medidas provisórias aprovadas integralmente e considerando a temática das MPs aqui presentes, afirmações sobre o pouco controle e participação do legislativo não fazem sentido. O parlamento é cerceado pelas próprias regras constitucionais relativas às matérias orçamentárias, administrativas e econômicas, descabendo falar em desequilíbrio em prol do executivo. Desequilíbrio e ausência de controle só existiram se o parlamento deixasse de intervir tendo os meios para fazê-lo. O que não é o caso.

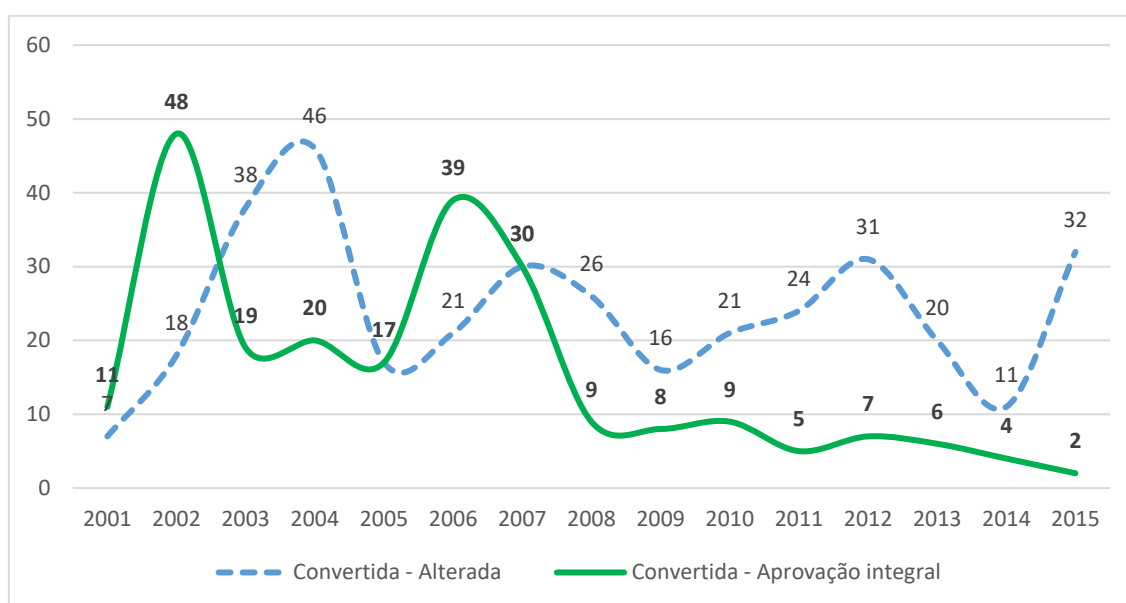
Consequentemente, a cooperação é a mais elevada por conta das características das MPs editadas.

Tabela 6 – Índice de cooperação total por macrotema

Macrotema	Aprovação integral	Sobre o total sem emendas	Sobre as convertidas	Sobre por tema	Cooperação final
Economia	36	15%	6%	14%	84%
Orçamento	124	53%	21%	76%	87%
Organização APF	45	19%	8%	33%	85%
Outros	14	6%	2%	33%	64%
Segurança pública	3	1%	1%	19%	81%
Social	12	5%	2%	14%	84%
Total	234	100%	40%	33%	84%

Por fim, o número de aprovações integrais cai drasticamente a partir de 2008 no conjunto das 234 medidas convertidas sem alterações entre 2001 e 2015. A queda coincide com a redução das MPs de crédito extraordinário, fruto da manifestação do STF em sede de cautelar na ADI 4.048/DF, relator min. Gilmar Mendes, que censurou o uso de medida provisória de crédito extraordinário em substituição a projeto de lei de crédito suplementar ou especial.

Gráfico 1 – Medidas provisórias convertidas com e sem alteração por ano (2001-2015)



A relação entre os poderes durante o processo legislativo deve ser vista de forma ampla, indo além dos requisitos e prerrogativas do art. 62. Os dados deixam claro que há assuntos nos quais os congressistas são induzidos à ratificação, sem emendas, de MPs por conta das próprias regras constitucionais presentes em outros dispositivos que limitam o poder de emenda.

Se tirarmos todas as MPs de cunho orçamentário, no qual a participação do legislativo na alteração do conteúdo é fortemente cerceada por dispositivos constitucionais e não há conteúdo normativo, o índice de sucesso do governo cai para 78%, ante os 83% apurados no geral.

3.2.2 *Modificações realizadas pelo Congresso: controle e participação*

A maioria das medidas provisórias emitidas pelo presidente da República sofre alterações no Congresso Nacional: 60% das MPs convertidas em lei, ou 50% do total editado. Excluindo as 159 MPs de crédito orçamentário, que não possuem conteúdo normativo, o número sobe para 62%. Pelos índices apurados, podemos afirmar que a alteração constitucional foi bem-sucedida em propiciar a participação dos parlamentares na legiferação de urgência, aproximando-o, verdadeiramente, de um projeto de lei *sui generis* e permitindo amplo controle do parlamento.

Defende-se, nesta tese, que **as medidas provisórias são instrumentos sui generis de proposição normativa que representam o novo equilíbrio no compartilhamento da função legislativa entre governo e parlamento** e que as críticas ao seu uso como instrumento de legiferação que viola a separação de poderes baseiam-se em uma concepção ultrapassada da relação executivo e legislativo.

Afirma-se, também, que o trâmite da MP e o grau de alteração no projeto de lei de conversão (PLV) são indicadores de interdependência e partilha da função de legislar entre executivo e legislativo. Por meio deles, o legislativo apropria-se do texto e controla a atividade do executivo. Isso é possível porque as regras constitucionais, combinadas com a prática do trâmite da MP, dão poderes suficientes ao legislativo para reequilibrar e corrigir os problemas da delegação de poder legiferante ao executivo e aumentam a dependência do governo ao processo de negociação política.

O debate visando o aperfeiçoamento do texto era justamente uma das situações que se queria gerar com a EC 32. A balança de poderes encontra-se preservada com o compartilhamento da função legislativa entre executivo e legislativo no momento de conversão das medidas provisórias, em um arranjo constitucional que privilegia a atuação do parlamento, dado que a alteração se realiza em matéria no qual há efetivo conteúdo normativo.

Para respaldar tais afirmações, parte-se da premissa de que as alterações realizadas pelo Congresso Nacional são demonstrações do controle exercido sobre o conteúdo constante na medida provisória. São contabilizadas como MPs alteradas por emenda todas aquelas

levadas à sanção presidencial, ou seja, que tiveram projeto de lei de conversão aprovado pelo legislativo.

O que se destaca nesta seção é o poder de emenda dos parlamentares, buscando selecionar casos ilustrativos do: (i) volume de alterações; e (ii) volume de alterações que implicaram mudança no sentido do texto original. A partir deles, discorre-se sobre as oportunidades que o PLV representa para os parlamentares e para o governo.

O recurso à MP e a sua efetividade estão sistematicamente condicionados ao interesse de uma maioria parlamentar, que busca ter acesso à maior quantidade possível de informação para embasar a decisão legislativa⁶⁰⁴. E usa essa informação para modificar, emendar os textos editados pelo presidente da República.

Atualmente, é pelo direito de emenda que se manifesta essencialmente a contribuição das assembleias e o resultado é que o texto finalmente adotado é geralmente profundamente modificado, e consideravelmente alongado⁶⁰⁵.

Tabela 7 – Medidas provisórias segundo o trâmite

Situação	Quantidade	%	% das convertidas	% sem crédito extraordinário
Convertida	592	83%	100%	82%
Alterada	358	50%	60%	62%
Aprovação integral	234	33%	40%	20%
Não convertida	117	17%	-	18%
Total	709	100%	-	78%

O (i) volume de alterações decorre do poder de emenda nas medidas provisórias, que é amplo, salvo as limitações estabelecidas na própria constituição, como discutido na seção anterior. Mesmo com os prazos exíguos para análise e votação de medidas provisórias, gastos em grande parte na Câmara dos Deputados, os parlamentares conseguem negociar o texto, participando, em várias ocasiões concretas, da redação final da lei convertida. Ou seja, na prática, alterações no texto são razoavelmente comuns, o que enfatizaria a importância da interdependência e colaboração entre os poderes para garantir o sucesso da aprovação. Além

⁶⁰⁴ ALMEIDA, Acir. Informação, delegação e processo legislativo: a política das medidas provisórias. *Textos para discussão IPEA*, Brasília/Rio de Janeiro, n. 1933, fev. 2014.

⁶⁰⁵ AVRIL, Pierre. Qui fait la loi? *Pouvoirs*. n. 114, p. 89-99, 2005. Disponível em: <10.3917/pouv.114.0089>. Acesso em: 16dez.2015, p. 97-98.

disso, a emenda é a oportunidade que o deputado ou senador possui de incorporar suas propostas à MP em tramitação.

O exercício do poder de emendamento é inerente à função legislativa. É o caminho natural para manifestar o interesse do parlamentar sobre o assunto e para efetivar evoluções decorrentes do debate. Em cenário no qual a apresentação de um projeto de lei individual raramente resulta em lei aprovada, a emenda permite ao parlamentar se expressar, de forma fácil e rápida, independentemente da pauta, e serve como corretivo ao desequilíbrio de poderes entre legislativo e executivo⁶⁰⁶.

As emendas são instrumento de colaboração da maioria parlamentar com a obra do executivo⁶⁰⁷. O existir de uma instituição política deliberativa não consiste primeiramente em apoiar, nem mesmo controlar, mas sobretudo, modificar⁶⁰⁸, é um meio de melhoria do texto ou reescritura⁶⁰⁹. Emendar é hoje a contribuição essencial do órgão legislativo⁶¹⁰. É um elemento importante diante da perda de iniciativa legislativa autônoma causada pelo domínio do governo na agenda legislativa, pois representa oportunidade para os membros da coalizão majoritária de corrigir os projetos governamentais e, para a oposição, demonstrar sua diferença, marcando posição⁶¹¹.

Dessa forma, é natural que a MP, ao se transformar em projeto de lei, seja objeto de emendas que ampliam o seu escopo, corrigem ou redirecionam os termos do texto proposto.

Segundo levantamento junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, entre 1988 e 2010 foram editadas (e reeditadas) 6.631 medidas provisórias, as quais possuíam cerca de 74.898 artigos e receberam 87.050 emendas, ao passo que, no mesmo período, foram

⁶⁰⁶ CAMBY, Jean Pierre. *Le travail parlementaire sous la V^e République*. 5^a ed. Paris: Montchrestien, 2011, p. 87.

⁶⁰⁷ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018, p. 817.

⁶⁰⁸ MOPIN, Michel. Diriger le parlement. *Pouvoirs*, n. 83, p. 41-58, 1997. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Diriger-le-Parlement.html>>. Acesso em: 2fev.2018, p. 52.

⁶⁰⁹ VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2^a ed. Paris : PUF, 2017, p. 212.

⁶¹⁰ DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4^a ed, Paris, Seuil, 2016, p. 812.

⁶¹¹ MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Politique comparée - les démocraties, Allemagne, États-Unis, France, Grand Bretagne, Italie*. 6^a ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 269.

apresentados 1.233 projetos de lei os quais possuíam 14.589 artigos e receberam 21.039 emendas. Há duas explicações possíveis para a quantidade de emendas nas MPs. Primeiro, os legisladores podem buscar conceder benefícios de cunho distributivista por meio das emendas. Segundo, a apresentação de emendas reflete tentativa de reverter ou atenuar as modificações no *status quo* promovidas por tais proposições quando elas contrariam os interesses da maioria dos membros do Congresso⁶¹².

No primeiro caso, medidas tributárias são oportunidades para os parlamentares realizarem políticas de cunho distributivista. Elas representam cerca de 32% da temática econômica e versam sobre desonerações temporárias para empresas, alterações de alíquotas, taxas, parcelamento de débitos. Há conjunto relevante de pacotes de incentivos fiscais para setores específicos, os mais variados, com impactos na área de ciência e tecnologia, educação, meio ambiente, transporte individual e coletivo.

Dentro da temática das MPs, as tributárias sempre são as mais críticas para a negociação. Tributárias tipo REFIS, regimes especiais, exoneração, naturalmente são sensíveis porque mobilizam setores: mexe na margem de lucro, mexe na receita do governo e cada vírgula significa bilhões⁶¹³. Os parlamentares exercem o direito de emenda nessas questões, forçando o governo a negociar e alterar o texto original da medida provisória, e as alterações costumam ser incorporadas em 70% das MPs econômicas, ou 83% das aprovadas, conforme pode ser verificado na tabela abaixo.

O volume de alterações nas medidas provisórias evidencia o debate ativo que ocorre e a importância da negociação entre executivo e legislativo. A média de emendas por MP é de 43 proposições, o que significa grande atenção e contribuição dos parlamentares⁶¹⁴.

⁶¹² SILVA, Adriano da Nóbrega. *Medidas Provisórias: Delegação Legislativa e Lógica Partidária na Câmara dos Deputados (1988 a 2010)*. 2015. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 92.

⁶¹³ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁶¹⁴ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 78-79; 83.

Tabela 8 – Medidas provisórias em temas econômicos, segundo o trâmite

Situação	Convertidas	%	Não convertidas	%	Total
Aprovada com emendas	183	71%	-	-	183
Não votadas	-	-	31	12%	31
Rejeitadas	-	-	10	4%	10
Aprovação integral	36	13%	-	-	36
Total	219	84%	41	16%	260

O volume de alterações denota a efetiva participação do Congresso, mas nada afirma sobre o objetivo dessas alterações.

O elevado número de emendas pode, simplesmente, refletir aprimoramento do texto em decorrência do debate parlamentar; e outras vezes representar a oportunidade de aprimorar e incorporar propostas afins já apresentadas pelos parlamentares em projetos de lei em tramitação.

No caso de aprimoramento simples do texto enviado pelo executivo, as alterações são tanto redacionais como de esclarecimento do alcance da medida. Na conversão da MP 169/2004, que tratava da possibilidade de saque do FGTS por trabalhadores residentes em municípios em situação de emergência ou estado de calamidade pública atingidos por graves chuvas em fevereiro de 2004, especialmente na região Nordeste, a vinculação com desastre decorrente de chuva foi removida e deixada a definição para regulamento e o prazo de solicitação de saque foi ampliado do período de declaração de calamidade para 90 dias após o reconhecimento da situação, com o valor máximo de saque a ser definido posteriormente. O PLV mantém a intenção inicial.

Na MP 404/2007 o ajuste também foi mínimo. O texto original altera apenas cinco parágrafos de um artigo da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com o objetivo de modificar a data de pagamento dos benefícios da previdência social. A emenda do Congresso foi redacional, mudando o final de um parágrafo de “de acordo com os procedimentos estabelecidos pelo Ministério da Previdência Social” para “de acordo com normas a serem baixadas pelo Ministério da Previdência Social”.

Em outras situações, o emendamento das MPs abre aos parlamentares a possibilidade de emplacar projetos pessoais no projeto de lei de conversão, e assim “pegar carona” no rito

de tramitação urgente, contribuindo para aprimorar a proposta. Cria-se oportunidade de pular o processo legislativo ordinário que seduz muitos parlamentares. Um bom exemplo é a MP nº 547, de 13 de outubro de 2011, que tratava de normas relativas à defesa civil, tema que contava com inúmeros projetos apresentados, tanto na Câmara quanto no Senado. A MP oferece uma ocasião para coordenar todas as propostas, ao mesmo tempo em que resolve o problema da briga pela paternidade do projeto. O PLV incorporou parcialmente propostas de três entre dez projetos de lei existentes, além de diversas propostas do próprio relator, dep. Glauber Braga (PSB-R). O PLV aprovado inovou bastante em relação ao texto original. Assim, a MP torna-se benéfica para a própria agenda do legislativo⁶¹⁵.

Esse tipo de estratégia não deveria surpreender, pois a Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, prevê que o autor de projeto em matéria afim pode solicitar seu apensamento, como emenda, ao projeto de lei de conversão, o que é vantajoso do ponto de vista do trâmite legislativo⁶¹⁶.

De 2001 a 2008 foi um bom período para o governo pois, com o sobrestamento da pauta, a única opção do parlamentar para aprovar seus próprios PLs era colocar emendas nos projetos de lei de conversão, “pegar carona”, e o governo ainda se resguarda com possibilidade de veto⁶¹⁷. As emendas atuam como corretivo do domínio da pauta pelo governo, com os parlamentares transformando suas propostas em emendas aos projetos do governo para assim conseguir discuti-las⁶¹⁸. Os problemas de gestão da pauta da Assembleia tornam inesperada a discussão de qualquer projeto ao qual o governo seja hostil; assim, o direito de emenda tornou-se verdadeiro substituto à proposição de lei⁶¹⁹.

⁶¹⁵ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 85-88.

⁶¹⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003, p. 112.

⁶¹⁷ ENTREVISTADO 3, 2017.

⁶¹⁸ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 505.

⁶¹⁹ RENOUX, Thierry S. Comentário sobre a decisão. *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*. RFDC, n. 18, p. 353-364, 1994, p. 356.

O texto ganha autonomia em relação ao governo. Na fase parlamentar do procedimento legislativo, os interesses do executivo não podem mais ser confundidos com os da maioria: esta busca, o máximo possível, modificar os projetos de lei em função de seus próprios objetivos⁶²⁰.

A emenda contém mercadorias diversas: negociação, negação, precisão, correção, adição, extensão, efeito de anúncio, novidade, e até obstrução⁶²¹. Embora a eficácia da emenda seja limitada pois não coloca em causa as opções fundamentais, ela é capaz de, desde que o parlamento assim o deseje, promover uma alteração importante no conteúdo do texto⁶²². Por esse motivo, sua utilização pelos deputados e senadores funciona como um chamado ao governo para negociação em torno do texto.

As MPs, como projeto de lei *sui generis*, são atraentes para os deputados do ponto de vista do processo legislativo e atuam como catalizador de propostas pela rapidez do trâmite e pelo conjunto amplo de temas abordados, o que representa amplo rol de pauta legislativa.

Nos temas de economia, majoritários em volume, entram, por exemplo, reajuste do salário mínimo, tributos, regulação financeira, regulação do mercado de energia, alíquotas previdenciárias, seguro-safra, créditos e refinanciamentos para variados setores, estímulos para as exportações, transferências e subvenções da União, medidas para ampliação de infraestrutura. Há medidas também na temática social, sobre cultura, esporte, meio ambiente, transferência de renda, saúde, habitação, previdência, amparo ao trabalhador.

O governo, ao editar MPs em temas tão variados, fornece ao Congresso uma ampla agenda legislativa e oportunidades de compartilhamento da função de legislar. Oportunidades essas que os parlamentares se esforçam para aproveitar.

Uma apreciação realista da atividade parlamentar deve levar em conta que as emendas não param de crescer e representam a forma mais importante de iniciativa

⁶²⁰ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 72.

⁶²¹ CAMBY, Jean Pierre. *Le travail parlementaire sous la V^e République*. 5^a ed. Paris: Montchrestien, 2011, p. 88.

⁶²² BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 575.

parlamentar. As deliberações das duas casas legislativas geram frequentemente a expansão do texto governamental pela adjunção de disposições adicionais⁶²³.

Uma vez aprovados na Câmara, os PLVs passam ao Senado, onde novas emendas podem ser apresentadas, sendo a fatalidade do prazo de tramitação o principal impedimento para novas alterações. Ainda assim, entre 2004 e 2008, 36% dos PLVs recebidos foram emendados e retornaram à Câmara, enquanto 16% foram convertidos e seguiram à sanção⁶²⁴. Isso foi antes da comissão mista, que traz as emendas dos senadores para o início do trâmite. De qualquer forma, o que se deseja destacar é que o Congresso, Câmara ou Senado, desempenhará seu papel de controle sobre e construção compartilhada de políticas nas medidas provisórias por meio do poder de emenda.

Do lado do governo, as emendas também podem ser úteis e oportunas para melhorar as próprias propostas ou inserir novos pontos. A questão aqui passa a ser como fazê-lo, tendo em vista que o executivo brasileiro não possui nenhum instrumento formal de interferir nesta fase do processo legislativo. Sem as prerrogativas constitucionais que lhe garantam a participação direta nas emendas, ele precisa contar com a articulação política e trabalho próximo ao relator do parecer sobre a medida provisória para promover ajustes de seu interesse ou para evitar ajustes que operem no sentido contrário. Trata-se de ação política que depende da receptividade e cooperação do parlamento.

A emenda representa uma oportunidade de cooperação entre o governo e os parlamentares: no limite, o governo aprova boa parte do conteúdo original da MP, o parlamentar tem a oportunidade de opinar já com conhecimento geral do impacto político da medida, e eventualmente fazer o próprio tema andar. Os próprios parlamentares, sobretudo a partir de 2008, com o fim do trancamento completo da pauta do plenário por conta das MPs, passam a ver no PLV uma espécie de *fast track* do processo legislativo⁶²⁵.

⁶²³ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les- Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 191-192.

⁶²⁴ MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: os efeitos não antecipados da EC 32 nas relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 115.

⁶²⁵ ENTREVISTADO 3.

A emenda levada pelo governo, por canais informais, é também uma forma de aproveitar o processo legislativo acelerado da medida provisória.

Muitas vezes, os ajustes que aparecem no PLV são propostas do governo, pois há interesse de correção ou *fast track* (jabuti) para outras matérias. Parlamentares apresentam suas emendas formais e o relator faz o primeiro filtro e apresenta o resultado para o Palácio do Planalto. Às vezes o interesse do governo é reativo, para preservar pontos do texto nos quais não se pode mexer. A negociação que se segue conta com mediação da Subchefia de Assuntos Parlamentares, com ministérios fornecendo a parte substancial. Cada MP, cada momento, mobiliza de um jeito. Quando a MP cresce demais, por exemplo, sai com 10 artigos e volta com 100, tem muita coisa do executivo, tanto a parte controlada de ganhos e perdas, quanto aquelas inserções fragmentadas dos ministérios, por fora do Palácio⁶²⁶.

A apresentação de emendas pelo próprio governo o poupa do longo procedimento interno de discussão para apresentação de projetos de lei, o que gera fissuras internas se não tiverem o crivo da coordenação interministerial⁶²⁷.

As emendas às MPs são, portanto, em grande medida um trabalho articulado e coordenado que pode favorecer o próprio governo. Este, assim como os parlamentares, aproveita-se do trâmite acelerado para incluir novas propostas, por vezes evitando o processo de concertação interna.

Inúmeros programas importantes do governo são apresentados por medida provisória e modificados no Congresso Nacional. Temos várias MPs do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, Inovar-Auto, Minha Casa, Minha Vida, Programa de Proteção ao Emprego, FIES – Financiamento Estudantil, PROUNI – Programa Universidade para Todos, Mais Médicos, Programa Bolsa-Família, apenas para citar alguns dos mais conhecidos. Há também MPs com ajustes no seguro-desemprego, ações emergenciais em decorrência de situações de desastres e calamidades públicas, alterações na pensão por morte e auxílio-doença (MP 664/2014), Plano Brasil sem Miséria (MP 570/2012), entre outras. Várias saem do Congresso com mais

⁶²⁶ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁶²⁷ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 507.

artigos do que o texto original. Ao enviar programas tão importantes por medida provisória, o governo precisa seguir de perto o andamento.

O fato de o PLV incorporar muitas alterações não é, por si só, um indicativo de divergência entre executivo e legislativo, ou preponderância de um sobre o outro. Ao contrário, sinaliza compartilhamento efetivo da função de legislar.

A medida provisória é um instrumento de governo cuja utilização não objetiva contornar resistências do parlamento, pois estas não existem se a base apoio for sólida. Ela é um meio para efetivar mais rapidamente e eficientemente as políticas do governo, isto é, do executivo (a Presidência) e a maioria legislativa que o apoia⁶²⁸.

A MP 529/2011 é exemplo da atuação articulada. A MP alterou a lei da seguridade social para incluir a contribuição previdenciária do microempreendedor individual (MEI) com alíquota de 5% ante aos 11% do contribuinte individual, possuía texto enxuto, de apenas dois parágrafos: um criando a alíquota e outro com as regras para contagem do tempo de contribuição caso haja migração de regime ou opção por aposentadoria por tempo de contribuição. Foram apresentadas emendas, das quais algumas indeferidas liminarmente por não pertinência temática. O PLV foi apresentado pelo relator com a incorporação de apenas uma emenda entre as recebidas, sendo as demais rejeitadas ou por inconstitucionalidade, ou inadequação financeira e orçamentária. O parecer foi reformulado e proferido em plenário novamente e a redação final aprovada.

O texto aprovado expande a alíquota de 5% para o segurando facultativo sem renda própria que se ocupe de tarefas domésticas na própria residência, isto é, dona de casa, cuja família esteja inscrita no cadastro único do Programa Bolsa Família. Acrescenta artigo que veda a contratação do MEI como empregado doméstico; faz alterações mais amplas nos planos de benefícios a serem pagos pela previdência social, disciplinadas em outra lei; muda regras do Benefício de Prestação Continuada devido a pessoas com deficiências e idosos; e altera o Código Civil para tratar de procedimento simplificado para o processo de abertura,

⁶²⁸ JACOBSEN, Helen Letícia Grala. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo: as medidas provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014)*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2016, p. 48.

registro, alteração e baixa do microempreendedor individual, dispensando a assinatura autógrafa.

No relatório, o dep. André Figueiredo (PDT-CE) afirma que a inclusão dos dispositivos sobre pessoa com deficiência atende, em parte, a uma demanda do governo para adequação do conceito de pessoa com deficiência decorrente da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência com valor de emenda constitucional e a demanda e articulação com o Dep. Romário, conhecido militante dos direitos da pessoa com deficiência. Também destaca as reuniões realizadas com o Secretário-Executivo da Previdência Social e com o Secretário de Políticas de Previdência Social⁶²⁹.

A conversão da MP 529/2011 trouxe, portanto, vários acréscimos ao texto original, com as emendas do relator representando tanto solicitação de inclusão de matéria pelo governo quanto iniciativa parlamentar de aproveitar o momento para promover alterações complementares em assunto de interesse do legislativo e do executivo, demonstrando o trabalho articulado entre ambos.

O Programa de Proteção ao Emprego (MP 680/2015) foi estabelecido em texto com nove artigos e voltou com doze. Os três artigos a mais representam pouco diante das 175 emendas apresentadas. Dessas, 46 foram indeferidas liminarmente pelo presidente da comissão mista por versarem sobre matéria estranha à tratada na medida provisória⁶³⁰. No PLV foram feitas algumas alterações importantes: o texto original previa mais autonomia para regulamentar o programa e o texto aprovado já traz definições sobre requisitos que as empresas deviam cumprir para adesão, dobra o prazo de permanência e adesão, e trata com mais detalhes da celebração do acordo coletivo de trabalho relativo à adesão ao programa. No conjunto, o texto passa por aprimoramento e é sancionado sem vetos, com o legislativo atuando como instância de controle da qualidade da norma.

Da parte do governo é importante circunscrever as emendas, e para isso a colaboração do relator e das lideranças partidárias é fundamental no trabalho de articulação e negociação, visto que não existem instrumentos formais para o executivo nesta fase do trâmite.

⁶²⁹ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 7 de julho de 2011, p. 35569-77.

⁶³⁰ Vide <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/122146>>.

Dependendo da complexidade do tema, o volume de emendas pode ser bastante elevado, tornando mais árduo o trabalho do governo para triagem das emendas e identificação de seu objetivo, se de colaboração, se em ponto importante para quem a propôs, se instrumento de barganha. A gestão das emendas só pode ser bem-sucedida para o governo com a colaboração do legislativo, com destaque para a atuação do relator da MP e os líderes dos partidos. A eles cabe filtrar a motivação dos colegas, “sentir a temperatura” do debate, pinçar os elementos que precisarão ser alterados para viabilizar a conversão em lei da MP.

A atuação de órgãos como a Casa Civil, os [antigos] Ministérios da Fazenda e do Planejamento, a Receita Federal, é nítida no processo de tramitação das medidas provisórias. É usual a realização de reuniões entre o relator e representantes desses órgãos antes da apresentação do relatório e algumas alterações de mérito no texto original só são feitas com o aval do governo, seja porque informações provenientes do executivo são importantes para medir o impacto da proposta, seja porque existe uma situação política que demanda atenção⁶³¹.

A relação com o relator do projeto de lei de conversão muda antes e depois da obrigatoriedade de reunião da comissão mista, cumprindo decisão do STF. Antes, a centralização na pessoa do relator podia ser boa ou ruim para o executivo, a depender da disposição de alinhamento deste com o governo. Depois, a limitação do período de emendas e a apresentação antecipada do relatório reduz a possibilidade de alterações no último minuto e, com isso, a margem de manobra do relator, seja contra ou a favor do governo.

No ambiente pré-comissão mista, a relação entre governo e relator varia conforme o governo. Durante o primeiro mandato do presidente Lula, a base de apoio é bem grande e o governo bem avaliado, o que induz naturalmente à cooperação. A Subchefia de Assuntos Parlamentares da Presidência da República estabelecia com os líderes certa rotatividade entre os partidos que compunham a base, levando em conta importância do tema e afinidade do parlamentar, mas era uma negociação caso a caso⁶³². Em outros momentos, acontecia de o

⁶³¹ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 70, 71 e 82.

⁶³² ENTREVISTADO 4, 2018.

relator não mostrar o texto e levar direto para plenário, com espaço de 120 dias ter ideias novas⁶³³.

Relembrando que parte das emendas apresentadas por parlamentares são, na realidade, emendas do governo. Aqui vale o contrário da lógica que se observa na França, mas que resulta no mesmo: se lá o governo às vezes apresenta emenda que na realidade é simplesmente a retomada de uma emenda parlamentar, aqui, pode ser o inverso. Ao fim, lá e cá, as estatísticas sobre as iniciativas provenientes de deputados ou senadores sobre um texto não refletem sempre a influência real da Assembleia Nacional ou do Senado⁶³⁴.

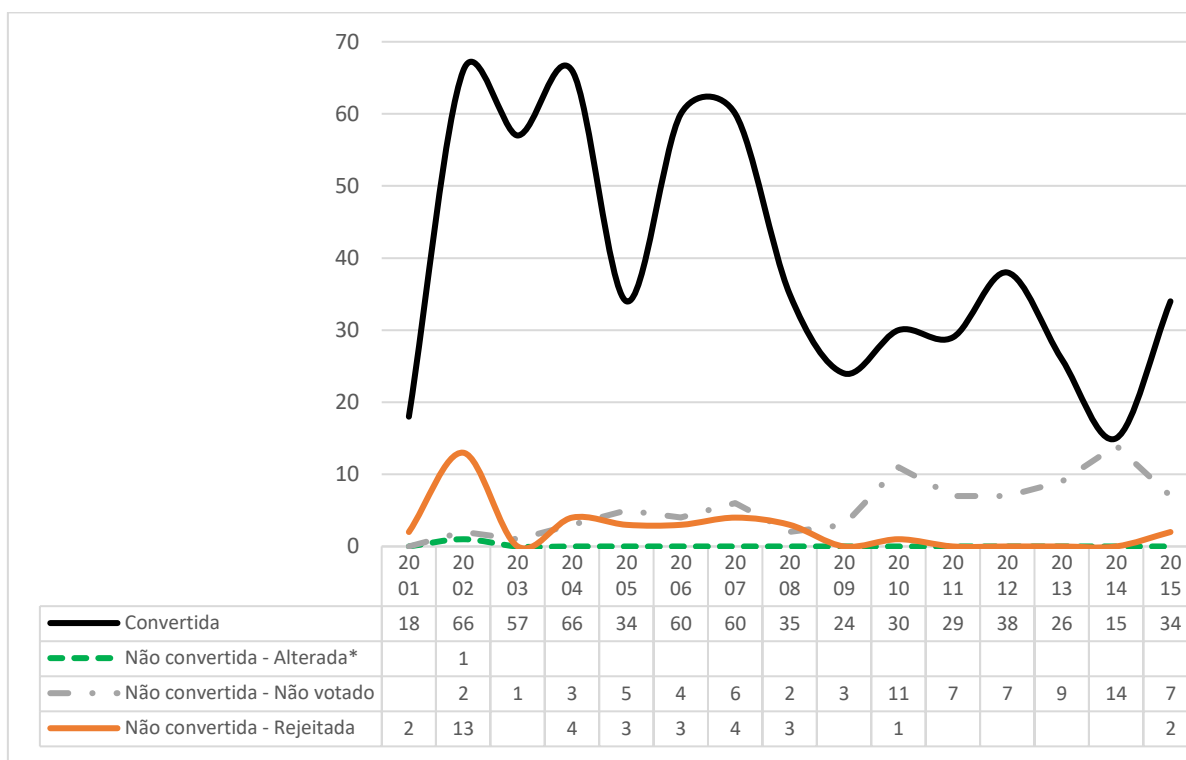
Assim, a atuação do relator em prol das modificações demandadas pelo próprio Congresso, ou governo, ficaria mascarada pelo fato de que se conhece apenas a versão apresentada em plenário, sendo raras as ocasiões em que mudanças de relatório foram documentadas.

Já no ambiente pós comissão mista, a figura do relator perde um pouco a centralidade diante da circunscrição do espaço de emendas e da alternância entre Câmara e Senado. As emendas são conhecidas logo no início da tramitação, incorporadas ao relatório que, uma vez apresentado e votado na comissão mista, dificilmente será alterado em plenário, devido às regras que restringem alterações posteriores. O relator continua sendo importante para o governo, mas sua margem temporal de alteração no texto é menor após o trâmite na comissão mista. Para ambos os lados, legislativo e executivo, o projeto de lei de conversão passa a ser mais previsível. O jogo de plenário passará a ser sobre as emendas já apresentadas e eventualmente rejeitadas em comissão, que podem ser resgatadas em votação de destaques.

O impacto da análise da comissão mista na incidência de alterações nas medidas provisórias foi alto no ano seguinte à decisão do STF. A quantidade de PLVs aprovados caiu de 69% em 2012 para 58% em 2013, com leve aumento de aprovações integrais, de 15% para 17%. Esse movimento, porém, não perdura. Já em 2014 volta a cair, em movimento geral de queda de aprovação de medidas provisórias, com ou sem emenda, e crescimento da não conversão das medidas, conforme pode ser observado no gráfico a seguir.

⁶³³ ENTREVISTADO 3, 2017.

⁶³⁴ CAMBY, Jean Pierre, *Le travail parlementaire sous la V^e République*. Montchrestien: Paris, 2011, 5^a ed. p. 59.

Gráfico 2 – Resultado do trâmite de medidas provisórias (2001-2015)

Não é possível afirmar, com esta série de dados, que as emendas parlamentares foram reduzidas após a implementação da comissão mista. Consequentemente, é cedo para afirmar, sob este aspecto, que o governo possui mais chances de manter o texto original, ou uma versão mais próxima dele, devido à redução do espaço de emendas causado pelo prazo de seis dias após a recepção da MP pelo Congresso. Apenas nos primeiros meses de 2015 a quantidade de PLVs aprovados foi a maior em toda a série histórica. Além disso, como foi dito, muitas emendas são realizadas de comum acordo entre governo e parlamento.

Um conjunto particular de emendas merece atenção: os chamados “jabutis”. A rapidez do trâmite da MP, entre quatro e seis meses, é um atrativo para emendas não relacionadas ao texto original, os jabutis, também conhecidos pelo deletério nome de contrabando legislativo. O fenômeno decorre de práticas de parlamentares e do próprio governo, e não é exclusivo do Brasil. Ele se relaciona, justamente, com o processo legislativo acelerado de certas proposições.

Falar em jabuti no projeto de lei de conversão de medida provisória remete à expressão popular “jabuti não sobe em árvore: ou foi enchente ou mão de gente”. No PLV, o

jabuti, posto por mão de gente, é a emenda sem afinidade temática com o texto original que é incorporada e aprovada pelo Congresso, pegando carona no trâmite legislativo acelerado.

Jabuti não é jabuticaba. Ele não existe só no Brasil. Na França, as leis de finanças são adotadas segundo procedimento particularmente rápido e que explica que o governo ou mesmo os partidos sejam sempre tentados a introduzir em uma lei de finanças disposições que não possuem nenhuma característica financeira, mas que poderão ser adotadas quase sem nenhum debate, designadas normalmente como “*cavaliers budgétaire*”, termo que evoca a comparação da lei de finanças a um cavaleiro passando a galope: as disposições que se agarram a ele escapam, assim, da lentidão do processo legislativo ordinário, prática condenada pelo Conselho Constitucional⁶³⁵.

O jabuti é uma moeda de barganha entre executivo e legislativo e uma oportunidade de aprovar projetos.

Os jabutis eram usados pelo governo e pelo Congresso. Para o primeiro, eram uma estratégia para acelerar a construção de políticas públicas, o *fast track*, e para o segundo, eram contrapartida negocial. Quando a decisão sobre a pertinência das emendas era exclusiva do presidente da Câmara, ele escolhia o que entrava ou não no PLV, favorecendo ou não o executivo e as emendas dos deputados, em rito sumário durante a sessão. Em um ambiente em que o presidente da Câmara sabe o que estava fazendo e tem o controle de plenário, ele pode eliminar os jabutis que interessam ao governo e manter os que lhe interessam e ao legislativo⁶³⁶.

É o debate obrigatório sobre cada medida que abre a possibilidade de se trabalhar o PLV como uma oportunidade estratégica para disciplinar temas de interesse das casas que não encontram abrigo no trâmite ordinário dos projetos de lei. Esse comportamento de carona é incentivado pelas características do trâmite da MP, muito mais acelerado que as demais espécies normativas.

A emenda é o momento do parlamentar e do próprio executivo colocar projetos apensos: projetos de lei do próprio executivo que estão parados na Câmara, ou PLs de autoria

⁶³⁵ HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37ª ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 757.

⁶³⁶ ENTREVISTADO 4, 2018.

parlamentar no qual já houve negociação com o governo e se considerados bons são puxados para dentro do projeto de lei de conversão da medida provisória, o que demonstra que, não só o executivo sabia como concordava e utilizava a tática⁶³⁷.

A situação é a seguinte: a MP que trata de tema X recebe do relator proposta de projeto de lei de conversão (PLV) que altera parte dos termos iniciais propostos pelo governo, realizando ajustes inerentes ao debate parlamentar da matéria, acompanhada de novos artigos propostos pelos deputados e senadores, que disciplinam temas não correlatos e promovem alterações em outras leis.

A MP, como processo legislativo *sui generis*, obriga o executivo a negociar dentro da lógica do parlamento, e na negociação entram as ferramentas típicas da negociação política de junção de agendas, esforços, criação de sinergias que geram apoios ao texto. Por vezes, a criação das condições de conversão em lei passa pela inserção dos jabutis, por vezes referidos como contrabando legislativo.

A MP 527/2011, por exemplo, que criava a Secretaria de Aviação Civil, foi convertida com acréscimo da criação do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), que alterou as normas de licitações públicas para as obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas e se tornou uma das marcas do governo Dilma. Já a MP 599/2012 apenas autorizava a Eletrobrás a adquirir o controle societário de outra companhia, mas incorporou outros 33 artigos que instituíram o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies). Ambas denotam o uso estratégico do jabuti pelo próprio governo⁶³⁸.

A MP que concede subsídios para a aquisição de bens de consumo, a chamada linha branca, dentro do Programa Minha Casa, Minha Vida (MP nº 620/2013) é exemplo curioso, tanto pelas alterações e acréscimos quanto pelas características específicas do texto original. A medida cria a linha de crédito da linha branca, capitaliza a Caixa Econômica Federal para executá-la e dispensa o banco do repasse de parte dos dividendos da União. Também prorroga o prazo para adaptação das empresas para informar na nota fiscal os impostos incidentes nas

⁶³⁷ ENTREVISTADO 3, 2017.

⁶³⁸ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 88.

mercadorias. E altera o Programa de Cultura do Trabalhador, o vale-cultura. Percebe-se que são temas distintos de medidas de fundo econômico, com impacto e objetivos diferentes. Tudo isso em seis artigos. Voltou com vinte.

Foram apresentadas 72 emendas, de autoria de deputados e senadores, da oposição e da situação⁶³⁹. Vinte e seis foram indeferidas por tratarem de matéria estranha: o dep. Mendes Thame (PSDB-SP) teve 15 de 17 emendas propostas, em temas variados, indeferidas liminarmente. Apenas uma emenda foi incorporada pela relatora, sen. Ana Rita (PT-ES), que tratava de incluir bens de consumo duráveis com tecnologias assistivas para pessoas com deficiência, de autoria de deputados do PSDB. Posteriormente, o relatório foi revisto para incorporar outra emenda, que tratava do imposto na nota. Até aí, as propostas se encaixam no escopo variado da MP.

Ao final, o projeto de lei de conversão foi aprovado com mais acréscimos “jabuti”. O primeiro, modificando outra lei: a nº 12.101, de 27 de novembro de 2006, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. Essa inclusão é justificada pela relatora como incorporação do Projeto de Lei nº 6.149, de autoria de deputados federais da base, diante da urgência de resolver o impasse financeiro em que se encontrariam. As alterações afetam tanto a prestação de serviços no SUS quanto a oferta de vagas no Programa Universidade para Todos. É um jabuti caroneiro.

O segundo é uma alteração na Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que trata de normas gerais para o desporto, a Lei Pelé, estabelecendo critérios para o recebimento de recursos federais pelas entidades desportivas sem fins lucrativos e isenção do imposto de renda de pessoa jurídica. Exemplo de alteração que é difícil imaginar que tenha sido feita por um relator do partido da presidente sem acerto com o governo. Seria um jabuti *fast tracker* do governo?

Durante a discussão no plenário da Câmara, o dep. Amauri Teixeira (PT-BA), defendeu os acréscimos de matéria estranha:

⁶³⁹ Vide <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/113173>>.

Além disso, queria antecipar uma discussão. Hoje de manhã, fizemos uma discussão – e **eu concordo que matéria estranha à medida provisória deve ser banida das próximas que serão editadas** –, e eu, que sou autor de um projeto de lei que limita inclusive o mandato de presidente de federação e de confederação, concordei com a proposta apresentada por Ana Moser, Raí e diversos outros atletas no sentido de nós introduzirmos essa emenda para moralizar o desporto brasileiro. **Talvez façamos a última concessão sobre matéria estranha numa medida provisória.** É altamente benéfica para o Brasil essa emenda, Sr. Presidente (grifo nosso)⁶⁴⁰.

Seguiram-se falas de outros deputados favoráveis à inclusão de tal alteração e a presença em plenário dos atletas Raí, Hortência e Virna foi destacada pelo dep. Acelino Popó (PRB-BA)⁶⁴¹.

O PLV de conversão da MP 620/2013, matéria que trata originalmente de aquisição de eletrodomésticos subsidiados e sai com incentivo fiscal para clube de futebol, é um bom exemplo de como os jabutis são vistos no processo legislativo da medida provisória: oportunidade para regular temas que estão na ordem do dia informal e que encontram vazão por meio da carona que pegam na MP, com concordância de governo e parlamentares. Apropriada a imagem da MP como um trem que está passando:

A medida provisória é como um trem que está passando, com hora para chegar e hora para sair. O projeto de lei é um trem parado, que alguém vai ligar e fazer andar um pouquinho e depois parar. O que se consegue inserir em MP tem-se certeza de que vai sair, e uma emenda incorporada acelera dois anos de trabalho parlamentar. Ela é um veículo importante para se fazer avançar demandas legislativas quaisquer⁶⁴².

A principal crítica aos jabutis é que seriam inseridos pelo relator e só viriam ao conhecimento dos parlamentares na hora da votação do substitutivo, o que geraria uma nova modalidade de projeto de lei de tramitação abreviadíssima, em expediente expressamente vedado pela Lei Complementar nº 95/1998 e os regimentos internos das duas casas do Congresso⁶⁴³.

⁶⁴⁰ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 11 de setembro de 2013, p. 39698, col. 2.

⁶⁴¹ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 11 de setembro de 2013, p. 39718, col. 2.

⁶⁴² ENTREVISTADO 2, 2017.

⁶⁴³ Ver SANTI, Marcos Evandro Cardoso. Medida provisória e sobrestamento de pauta: uma combinação restritiva dos poderes do Congresso Nacional. In DANTAS, Bruno. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 1-19. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o->

Isso é pertinente quando o relatório era conhecido apenas em plenário, mas não suficiente para inibir o debate. Após a obrigatoriedade da comissão mista, a divulgação prévia do projeto de lei de conversão faz com que os jabutis sejam conhecidos previamente, sendo sua manutenção, no mínimo, conhecida pelos parlamentares, e validada quando da aprovação da matéria.

Seja jabuti ou não, o poder de emenda é fundamental para o trabalho parlamentar. Ele traduz o debate, a articulação, a negociação e também as questões políticas que ganham destaque em determinado momento e que as tornam “legisláveis”. A elaboração de projetos de lei de conversão de medida provisória reflete o papel deliberativo inerente ao parlamento. Na ampla maioria das medidas de legiferação de urgência emitidas, uma vez o texto recebido no Congresso, ele ganha vida própria. Os parlamentares usam o poder de emenda para contribuir, modificar, acrescentar.

A medida provisória permite excepcional dinamicidade do legislativo, que não se transforma em mero homologador da iniciativa governamental uma vez que lhe é possível emendar, rejeitar, converter, colaborar sem ser subserviente⁶⁴⁴. A fase de conversão em lei da MP é atividade tipicamente parlamentar na qual as emendas representam a contribuição do Congresso para o aperfeiçoamento e negociação em torno do texto⁶⁴⁵.

O direito de emenda assegura, na prática, a participação dos parlamentares na elaboração da lei: se possuem pouco poder de iniciativa, reagem atuando sobre o seu conteúdo. Graças a elas o parlamento não é uma câmara de registro da vontade governamental⁶⁴⁶.

exercicio-da-politica/medida-provisoria-e-sobrestamento-de-pauta-uma-combinacao-restritiva-dos-poder>. Acesso em: 21jan2017; SOUSA, Alexandre Trindade de. *Medidas provisórias e pertinência Temática: a importância do controle do “contrabando” legislativo como garantia da higidez da produção normativa infraconstitucional*. 2015. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília. 2015.

⁶⁴⁴ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 64.

⁶⁴⁵ DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 112.

⁶⁴⁶ ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris : LGDL, 2016-2017, p. 544.

Embora o governo seja, em geral, avesso às emendas por receio de que o texto saia “estragado” da deliberação⁶⁴⁷, elas ocorrerão. Assim, o melhor a fazer para o governo é negociar e, ao final, realizar o balanço político.

Pela amplitude e profundidade do controle parlamentar sobre as MPs, a quem cabe a última palavra sobre sua vigência e efeitos, a separação de poderes fica preservada no que tem de essencial⁶⁴⁸.

Além das emendas para aprimoramento do texto, que beneficiam governo e Congresso, existem também as (ii) emendas que alteram o sentido do texto original e terminam incorporadas ao projeto de lei de conversão aprovado.

Ao realizar alterações no texto original de uma medida provisória, o Congresso Nacional pode confrontar os objetivos iniciais do governo. Nesse caso, há uma reversão da expectativa que gera três situações jurídicas: a) a existente antes da edição da MP; b) a vigente entre sua edição e conversão em lei; e c) aquela definitivamente consagrada em lei – ao menos até a próxima alteração normativa. O impacto variará caso a caso e a regra resguarda os atos praticados sob a vigência da medida.

Politicamente, o governo pode se ver constrangido diante de tal situação, difícil de identificar pela ausência de marcadores fidedignos. Como já foi dito, parte das emendas são feitas de comum acordo e informações sobre derrotas ficam normalmente restritas a círculos pequenos. Não há interesse do governo em admitir derrotas, pois isso o enfraquece em negociações futuras.

A existência da medida provisória e sua utilização, em maior ou menor grau, vista da perspectiva da efetividade de consecução legislativa, é um caminho mais rápido para a produção legal. Rápido, porém sujeito a percalços: “há poucos momentos de calma que deem certa previsibilidade; a maior parte do tempo é tensão, é desarmonia, é mais arena que teatro, mais disputa do que jogo, mais imprevisto e pancada”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ MOPIN, Michel. *Diriger le parlement. Pouvoirs*, n. 83, p. 41-58, 1997. Disponível em <http://www.revue-pouvoirs.fr/Diriger-le-Parlement.html>. Acesso em 2fev.2018, p. 49.

⁶⁴⁸ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 90.

⁶⁴⁹ ENTREVISTADO 4, 2018.

Na legiferação de urgência, o parlamento é chamado a sustentar uma ação elaborada fora, pelo governo, e é nesse contexto que reaparece o controle como representação dos governados face à gestão da autoridade pública e se suscita a vontade de autonomia em relação ao aparelho executivo⁶⁵⁰.

A MP, embora seja um instrumento de fácil uso, demanda mobilização de capital político para sua aprovação. O desenho institucional da EC 32 retirou a prerrogativa de reedição infinita, que favorecia a inércia tanto do governo quanto do parlamento em converter o texto em lei, e demanda agora atuação concreta para a conversão da MP no prazo e para administrar as alterações no texto original.

Uma forma de controlar as modificações por emendas é apresentar, desde início, no texto original, proposta alinhada com os parlamentares. Trata-se do fenômeno de apropriação da agenda do legislativo como atitude deliberada para diminuir os riscos de alteração do conteúdo, estratégia que seria combinada ao exercício da influência do governo na indicação da relatoria⁶⁵¹.

Esse tipo de ocorrência evidencia a importância dos temas propostos pelos parlamentares, mas, ainda que a cópia possa ser vista como pouco caso do governo face ao parlamento⁶⁵², ela facilita o processo de aprovação da MP. Embora vários exemplos possam ser arrolados⁶⁵³, os dados empíricos são contestados por alguns envolvidos diretamente no processo e elaboração e acompanhamento de MPs⁶⁵⁴, e confirmado por outros⁶⁵⁵.

Alega-se desconhecimento e falta de tempo para levantamento de textos similares em tramitação no Congresso Nacional que poderiam ser usados como insumo para a redação das

⁶⁵⁰ AVRIL, Pierre. Quel équilibre entre exécutif et législatif? *Revue du droit public*, n. 1, p. 268-279, 2002, p. 277.

⁶⁵¹ SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely M. V. G. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos agenda holders no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia Política*, v. 21, n. 48, p. 19-50, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000400002>. Acesso em: 21jun.2015.

⁶⁵² COELHO, Inocêncio Mártires. *A atividade legislativa no Estado contemporâneo*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alli*. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1195-1206.

⁶⁵³ SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Ob. cit.

⁶⁵⁴ ENTREVISTADOS 2 e 3, 2017.

⁶⁵⁵ ENTREVISTADO 1, 2017; ENTREVISTADO 4, 2018.

medidas provisórias. Em algumas situações, admite-se que se chegou a tomar conhecimento, posteriormente, de propostas afins.

Quando há captura de iniciativas parlamentares, o Congresso sente-se desprestigiado porque, ao invés do governo dar força para o PL andar mais rápido, ele faz uma MP, desprestigia o autor e gera mal-estar⁶⁵⁶. Mas pode ocorrer o oposto: a MP ser publicada por sugestão e em comum acordo com o parlamentar⁶⁵⁷.

Seja qual for o caso, a ocorrência evidencia que não seria correto afirmar que as políticas públicas de interesse do executivo propostas por medida provisória representem agenda unilateral e que seriam formuladas exclusivamente no âmbito da burocracia. Desconsiderando as proposições de iniciativa privativa do PR, no período de 1995 a 2010, 18,5% das medidas provisórias e 40% dos projetos de lei do executivo surgiram por meio da apropriação da agenda do legislativo⁶⁵⁸. Além disso, as emendas jabutis provam que os legisladores aproveitam o processo para trabalhar a própria agenda, o que relativiza inclusive a capacidade do governo pautar sozinho a legislação extraordinária.

O governo precisa trabalhar em colaboração com o Congresso. Desprovido de instrumentos formais de participação no trâmite legislativo, o governo tem na medida provisória um indutor de cooperação por meio da partilha da função de legislar.

O executivo, o dotado da iniciativa do texto e resguardado pelos prazos constitucionais fatais, propõe ato com força de lei precário, que depende do concurso do Congresso para atingir plena eficácia.

O parlamento, dotado do poder de emenda e capaz de tensionar os prazos, atua na modificação do provimento provisório para aprimorar a proposta advinda com este PL *sui generis*, encaixando suas próprias propostas.

⁶⁵⁶ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁶⁵⁷ ENTREVISTADO 1, 2017.

⁶⁵⁸ ARAÚJO, Suely M. V. G.; SILVA, Rafael Silveira e. Reflexões e Novas Agendas de Pesquisa para os estudos legislativos no Brasil. *Revista Iberoamericana de Estudos Legislativos*, v. 2, n. 2, p.58-74, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/riel/article/viewFile/5847/4546>>. Acesso em: 21jun.2015.

Juntos, executivo e legislativo se acordam para a conversão em lei, às vezes com penduricalhos que servem a ambos. Legislar continua sendo central, é para o exercício da função de legislar que convergem os esforços de participação, tanto do governo, para direcioná-la, quanto do próprio parlamento, para preservá-la, ressignificando-a por meio das emendas.

O legislativo permanece o lugar privilegiado de debate e confrontação política, cuja existência é indispensável para o funcionamento dos mecanismos democráticos⁶⁵⁹. Se ao executivo cabe propor e executar, ao legislativo caberia, além da função tradicional de legitimação das decisões governamentais, o debate indispensável para a informação do público e controle das intenções governamentais e a crítica aos textos, sobretudo para o aperfeiçoamento da produção legislativa⁶⁶⁰.

O modelo atual da legiferação de urgência representa importante instrumento de incitação do processo legislativo. O desenho constitucional decorrente da EC 32 reestabelece a balança de poderes e deixa claro que o legislativo sempre exercerá suas prerrogativas naturais no processo legislativo. As regras atuais sobre a medida provisória, ainda que imbuídas de forte caráter discricionário na iniciativa, quando analisados em conjunto com as regras procedimentais de trâmite e as prerrogativas do Congresso de modificação do texto, são insuficientes para estabelecer desequilíbrio institucional em prol do executivo. Apontam, ao contrário, trabalho coordenado característico do exercício da função governamental.

3.2.3 A sanção do PLV como prova final da cooperação

A sanção de projeto de lei de conversão de medida provisória traz novamente o executivo para finalizar o processo legislativo. Chegam para sanção presidencial os textos que foram alterados pelo parlamento. Os que são aprovados integralmente são promulgados pelo presidente do Congresso. Um texto alterado e sancionado sem vetos é um indicador de cooperação no compartilhamento da função de legislar e da efetividade do legislativo como instância de controle da atividade legiferante do executivo, alterando-a e adequando-a.

⁶⁵⁹ CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 192.

⁶⁶⁰ MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'elaboration parlementaire de la loi: étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*. Paris: Dalloz, 2006, p. 486.

No universo das 592 MPs convertidas, 60% o foi com alteração (359), e dessas, 47% não sofreu nenhum tipo de veto (167). A sanção é ato vinculado como espaço de discricionariedade por meio do veto integral ou parcial, como em qualquer projeto de lei. Infere-se que a ausência de veto é um indicador positivo de colaboração, assim como a ausência de alteração.

Tabela 9 – Sanção de medidas provisórias (2001- 2015)

	Com veto	Sem veto
2001	29%	71%
2002	42%	58%
2003	29%	71%
2004	41%	59%
2005	24%	76%
2006	62%	38%
2007	43%	57%
2008	77%	23%
2009	69%	31%
2010	62%	38%
2011	33%	67%
2012	61%	39%
2013	80%	20%
2014	73%	27%
2015	84%	16%
Total	53%	47%

A sanção integral é um bom indicador do compartilhamento da função de legislar quando levamos em consideração a amplitude das alterações realizadas pelo Congresso. Grande volume de alterações acolhidas confirma processo colaborativo entre os dois órgãos. Para identificar a cooperação nesse nível, é necessário comparar o texto original das MPs e o texto sancionado. Para tanto, foram selecionados alguns exemplos explorados a seguir.

Recuperando exemplos trabalhados no item 3.2.2, temos a MP 620/2013, convertida na Lei nº 12.868 de 15 de outubro de 2013, sobre o financiamento aquisição de bens de consumo para beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida. É um exemplo de sanção integral com os acréscimos de alterações em outras leis não previstos no texto original. A promulgação sem vetos coroa o processo de articulação e negociação entre executivo e legislativo. Idem para a MP 680/2015, que institui o Programa de Proteção ao Emprego,

também tratada anteriormente, e a MP 547/2011, que incorporou várias propostas do legislativo para criação do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil.

São explorados de maneira mais detalhada quatro exemplos.

A MP 618/2013 originalmente tratava de temas econômicos variados, contemplando aportes de recursos para empresas estatais, com destaque para a capitalização do BNDES. No geral, dispunha sobre medidas de incentivo ao investimento e foi recheada de mais temas durante o trâmite legislativo. Passou de 10 para 22 artigos e foi sancionada integralmente.

Das 100 emendas recebidas, o relator na comissão mista, sen. Valdir Raupp (PMDB-RO), incorporou duas, uma das quais para corrigir erro de redação no texto original. A segunda aprimora o art. 1º para explicitar as condições de contra garantia nas operações de concessão de garantia da União a subsidiárias de empresas estatais de todas as esferas. O PLV proposto pelo relator preserva o texto original e acrescenta apenas um dispositivo: alteração no Código Brasileiro de Telecomunicações para dispensar de anuência prévia a alteração do quadro societário das emissoras de radiodifusão. Sete dias depois o relator apresenta errata, com novo PLV incorporando mais onze artigos com alterações em leis variadas, inclusive criação de quadro especial de terceiros-sargentos e segundos-sargentos do Exército. Um dos artigos, que dispunha sobre alterações na lei que trata de conflito de interesses no poder executivo federal é suprimido em votação dos integrantes da comissão⁶⁶¹.

A leitura como errata foi criticada pela oposição durante a reunião da comissão, que disse se tratar de novo relatório. O sen. José Pimentel (PT-CE) agradece ao relator a inclusão de outras matérias, afirmando que já estavam na agenda do Congresso e que haviam sido vetadas na conversão da MP 610/2013. Tratava-se da renegociação de dívidas de produtores rurais na área da Sudene. Afirma ainda que outros acréscimos foram negociados com o governo e assim encaminha o voto favorável em nome da base de apoio⁶⁶². A sanção integral vem como consequência dos acordos firmados com o Congresso no texto do PLV, reafirmando, mais uma vez, o trabalho articulado e a construção coletiva de propostas.

⁶⁶¹ Cf. <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/113058>>.

⁶⁶² BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 24 de outubro de 2013, p. 75543; 75549.

Outro exemplo é o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), política pública relevante do governo na área de segurança pública, instituído pela MP 384/2007, que sofreu alterações durante o trâmite legislativo e obteve sanção integral. Tal sanção decorreu da extensiva negociação entre executivo e legislativo em torno do tema. Em que pese os esforços do governo para manutenção do texto original, prevaleceu o debate e o consenso criado na Câmara dos Deputados em torno do projeto de lei de conversão.

O conteúdo da MP 384/2007 é, em sua maioria, passível de formulação mediante decreto presidencial, pois trata da criação de uma política pública para prevenção, controle e repressão da criminalidade com enfoque sociocultural, estabelecendo diretrizes, público-alvo e critérios de adesão voluntária ao programa, mediante instrumento de cooperação a ser firmado entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Até aí, nenhum conteúdo que exija lei específica. Cria, também, programas complementares, como os projetos reservista-cidadão, proteção de jovens em território vulnerável (Protejo), e mães da paz. O objetivo principal da MP aparece no art. 13, que autoriza o poder executivo a conceder auxílio-financeiro aos participantes dos referidos programas complementares: capacitação em direitos humanos para os reservistas e mães atuarem como líderes comunitários para reinserção cidadã de jovens em conflito com a lei. Para os jovens, reservistas e participantes do Protejo, o auxílio será devido durante doze meses, no valor de R\$ 100,00. Para as mães, não há período definido, e o valor é de R\$190,00. A MP estabelece, portanto, programa de transferência de renda para evitar a reincidência criminal de jovens e adolescentes.

Este é o ponto sensível legalmente: criação de despesa orçamentária não prevista na Lei Orçamentária Anual. Foi justificado pelo governo nos seguintes termos:

Para fins de cumprimento do que dispõe o art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), cumpre ressaltar que as despesas decorrentes dos auxílios financeiros serão atendidas dentro da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado, prevista no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2008, Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007.⁶⁶³

⁶⁶³ BRASIL. EMI nº 00139 - MJ/MP/MDS/SR-PR/C.CIVIL-PR, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Exm/EM-139-MJ-MDS-SR-PR-C.CIVIL.htm>. Acesso em: 27mar.2018.

Na avaliação da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal, a remissão da adequação da compatibilidade financeira e orçamentária para o exercício de 2008 impediria a aplicação da autorização legislativa em 2007 e *vacatio* deveria estar expresso no texto⁶⁶⁴.

A MP recebeu 24 emendas e a comissão mista não se instalou, como praxe antes de 2012. Em 5 de setembro, apenas quinze dias após a edição, a MP já estava sendo pautaada em plenário. Porém, em face de outra MP trancando a pauta, a discussão só ocorreu em 3 de outubro. O relator encaminhou o parecer em plenário pela aprovação do texto original do executivo, rejeitando todas as emendas. Após obstrução da votação durante alguns dias, o parecer foi reformulando, apresentando PLV em 8 de outubro⁶⁶⁵.

O PLV possui diferenças relevantes em comparação ao texto original. No novo parecer, propõe-se a supressão dos art. 9º a 15, alegando-se necessidade de maior discussão no Congresso diante da complexidade das medidas propostas. Os artigos suprimidos e a ampliação do público-alvo para adolescentes em situação de risco social e jovens até 29 anos muda as características do programa, bem como aumenta o potencial impacto orçamentário. Por fim, também muda a forma de implementação: se o texto original permitia a participação de organizações sem fins lucrativos em geral, o PLV restringe as ações às OSCIP, isto é, aquelas entidades da sociedade civil detentoras de um título concedido pelo Ministério da Justiça. Combinadas, a ampliação do público-alvo e a restrição dos possíveis parceiros muda consideravelmente a estratégia de implementação do programa. Isso exigirá do governo reformulação interna do desenho da política pública.

Foram votadas emendas em plenário e vários destaques para supressão de expressões no texto, com diversos requerimentos e questões de ordem apresentadas na tentativa de obstruir a continuação da votação. A redação final foi aprovada em 9 de outubro. O principal

⁶⁶⁴ SENADO FEDERAL. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Nota Técnica de adequação financeira e orçamentária da MP 384/2007. 25 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2007/MP%20384-2007%20-%20Nota%20Tecnica%20-SF.pdf>>. Acesso em: 27mar.2018.

⁶⁶⁵ Vide http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=511691&filename=Tramitacao-MPV+384/2007

conteúdo, a criação dos projetos de transferência de renda, ficou de fora do PLV, justamente os que eram, de fato, objeto necessário de lei e implicavam desafio orçamentário.

No Senado, o PLV sofreu emendas que foram, posteriormente, todas rejeitadas pela Câmara, embora o novo parecer do relator na casa lhes fosse favorável. Parte das discussões anteriores da Câmara e não contempladas no PLV teriam sido incorporadas pelo Senado, o que não foi suficiente para alinhamento com a visão do governo e lhe implicou derrota. Apesar disso, a sanção foi integral, isto é, mesmo o texto contrariando o governo, foi sancionado sem vetos.

O tema não estava vencido com a conversão em lei. Sancionado o PLV em outubro de 2007, no final do mês de janeiro do ano seguinte foi editada a MP 416/2008 para alterar a lei vigente, e a conversão desta MP teve veto parcial. Ela estabeleceu, novamente, o auxílio-financeiro para reservistas, jovens e mulheres, acrescido de mais um: bolsa-formação para policiais civis ou militares, bombeiros, peritos e agentes penitenciários e carcerários. Afinal, este era o ponto mais importante para o governo e para o qual se necessitava, de fato, de autorização legislativa. Também revisou as diretrizes e o público-alvo, retomando o limite etário de jovens até 24 anos.

O caso do Pronasci reflete a dinâmica do processo de negociação e articulação entre executivo e legislativo. A proposta original foi revista pelos deputados, o governo encaminhou novo acordo no Senado, que não se sustentou na volta à Câmara. A sanção integral reforçou o momento cooperativo, ainda que o texto em si implicasse derrotada para o governo. Com o aprendizado adquirido, o executivo editou nova MP meses depois, retomando pontos da proposta original e acrescentando outros, alguns trazidos das emendas dos senadores à MP anterior, incorporando as discussões ocorridas. Este exemplo de sanção integral demonstra uma estratégia de negociação e cooperação para a formulação de políticas públicas em contexto que, mais uma vez, reforça o papel da MP como um projeto de lei *sui generis* e de construção compartilhada.

Os percalços da MP do Pronasci e sua trajetória são inerentes ao trâmite legislativo usual: apresentação de proposta pelo autor, discussão na Câmara, reformulação do texto, encaminhamento à casa revisora, reformulação na casa revisora, retorno à casa de origem,

rejeição das emendas da casa revisora, aprovação em plenário e encaminhamento à sanção presidencial. Achando que havia espaço para aprimorar, o autor reapresentou o projeto, que mais uma vez seguiu todo o trâmite e foi encaminhado à sanção, consubstanciando novo equilíbrio jurídico no regramento do tema.

Cabe o registro de que a sanção integral do projeto de lei de conversão da primeira medida provisória sobre o programa não representava o equilíbrio de fato desejado pelo governo, o que destaca a importância do parlamento na formulação compartilhada. Em seguida, em novo cenário de outra medida provisória, o governo voltou a atuar para aproximar a lei dos seus objetivos. Nessa segunda rodada recorreu ao veto para mitigar a atuação do Congresso.

A MP 535/2011 tratava do Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais passou de 21 para 40 artigos no texto levado à sanção. O texto também é conhecido como Bolsa Verde, por criar programa de transferência de renda para famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvam atividades de conservação de recursos naturais no meio rural e programa de fomento a atividades rurais com transferência direta a fundo perdido. A MP também ampliava o limite de três para cinco crianças nas famílias contempladas com o Bolsa Família. São ações relacionadas ao Plano Brasil sem Miséria.

Foram oferecidas 77 emendas, das quais 7 indeferidas pelo presidente da Câmara por conterem matéria estranha. O relator em plenário, dep. Assis do Couto (PT-PR) incorporou 30 emendas e rejeitou as demais. Incluiu acréscimos da própria lavra, entre os quais ajustes no Programa de Aquisição de Alimentos, Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, incorporando proposta constante de PL do dep. Marco Maia (PT-RS), então presidente da Câmara, pendente de aprovação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e reivindicações registradas em eventos nacionais sobre o programa. Esta primeira versão tinha 39 artigos. A segunda versão igualmente proferida em plenário, cerca de uma hora e meia depois, ajusta a redação de um dos dispositivos e acrescenta artigo para definir prioridade no atendimento a famílias cujo responsável é mulher e a famílias residentes nos municípios de menor Índice de

Desenvolvimento Humano (IDH)⁶⁶⁶. O parecer foi aprovado e remetido ao Senado, onde foi aprovado com duas emendas de redação, sob protestos do DEM e do PSDB quanto à existência do pressuposto de urgência⁶⁶⁷.

O último exemplo é a MP 342/2006, de 29 de dezembro de 2006, que institui benefícios tributários para fomentar atividades de caráter desportivo, alterando a Lei nº 11.438, de 29 de dezembro de 2006, Lei de Incentivo ao Esporte. Percebe-se que a MP foi editada modificando lei promulgada no mesmo dia com o objetivo e reduzir os percentuais de dedução no imposto de renda de pessoas jurídicas aprovados pelo Congresso Nacional de 4% para 1%. Foi designada relatora em plenário a dep. Perpétua Almeida (PCdoB-AC), que acatou duas das oito emendas apresentadas. A redução do percentual, comentou-se em plenário, devia-se à reação do setor cultural que temia perder cotas de patrocínio. O plano de fundo da Lei de Incentivo ao Esporte é a realização dos jogos pan-americanos no Rio de Janeiro em 2007⁶⁶⁸.

No Senado, a relatora Ideli Salvatti (PT-SC) destacou que a MP foi editada em acordo com os senadores, diante do já sabido impasse com o setor cultural e novo impasse criado com o movimento sindical por conta dos dispositivos referidos para dedução. O centro da questão era qual legislação referenciar para permitir o patrocínio sem reduzir incentivos a outros setores nem criar disputas com recursos destinados à alimentação dos trabalhadores⁶⁶⁹. A matéria foi aprovada sem dificuldades e a sanção integral apenas reflete o contexto de elaboração do texto original da MP.

Em síntese, os exemplos aqui trazidos de sanção integral de projeto de lei de conversão de medida provisória ilustram situações variadas, que envolvem acordos e algumas disputas. Fica claro que os temas trazidos na legislação de urgência, e os temas que pegam carona no PLV mobilizam os setores organizados da sociedade e, conseqüentemente, o debate é ampliado no Congresso.

⁶⁶⁶ Vide <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/100506>>.

⁶⁶⁷ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 29 de setembro de 2011, p. 39389 e ss.

⁶⁶⁸ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 28 de fevereiro de 2007, p. 6892-6905.

⁶⁶⁹ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 11 de abril de 2007, p. 9346-49.

O que foi dito sobre as *ordonnances* francesas no plenário da Assembleia Nacional em 1967 poder-se-ia aplicar às nossas MPs se tivesse sido pronunciado em sessão da Câmara dos Deputados ou do Senado: a separação de poderes, como ensinada e praticada no séc. XVIII, não corresponde mais, em nenhuma forma, às necessidades do Estado moderno. O poder legislativo, nos Estados modernos, é exercido pela colaboração estreita do governo e do parlamento, com predominância crescente do governo que assume, como dizem os britânicos, a *leadership* do movimento legislativo. O governo sozinho pode eficazmente tomar a direção das grandes reformas legislativas suscetíveis de serem votadas pelo parlamento. Não há, portanto, diferença fundamental entre o procedimento das *ordonnances* previsto pelo art. 38 e o procedimento da legislação ordinária⁶⁷⁰.

Pode-se argumentar que o número de MPs evidenciaria o desvio de finalidade do instrumento, pois a manutenção histórica de ao menos quatro situações urgentes por mês é pouco crível. Contudo, a urgência precisa ser vista no contexto do processo legislativo, isto é, comparada com as ferramentas disponíveis para o governo aprovar projetos necessários para implementação de sua agenda em tempo razoável. Já foi dito que, no contexto do presidencialismo, são poucas as formas constitucionalmente disponíveis para estimular o compartilhamento da função de legislar.

Se o parlamento aprova as MPs emitidas, não é porque o presidente da República é “excessivamente forte” e impõe unilateralmente suas vontades ou devido à fragilidade institucional do legislativo, mas sim porque o Congresso Nacional, ou a base de apoio, aceita os termos desse jogo, dele participa, negocia o teor e tira vantagens, seja como parceiro do governo, seja no exercício de sua independência e autonomia⁶⁷¹. A medida provisória é ato de um governo de coalizão cuja edição funciona como convite à negociação⁶⁷², que somente se

⁶⁷⁰ FAVOREU, Louis. *Ordonnances ou règlements d’administration publique ? RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 686-699, set./out. 1987, p. 691.

⁶⁷¹ JACOBSEN, Helen Letícia Grala. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo: as medidas provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014)*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2016, p. 49.

⁶⁷² SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 114; 171.

conclui com a concorrência de dois órgãos juridicamente independentes entre si, ligados politicamente.

Quando o executivo opta pelo envio de uma medida provisória, ele sabe que enfrentará um amplo processo de controle e diálogo como o legislativo para que as disposições se tornem lei. Sem o diálogo, tem-se a perda de eficácia. Não existe a possibilidade da edição da MP sem enfrentar na sequência o escrutínio público do Congresso⁶⁷³. A medida provisória é típica da versão brasileira da separação de poderes: o parlamento governa e o executivo legisla, ambos através da medida provisória⁶⁷⁴.

O governo necessita da colaboração. Sem ela, as MPs não são votadas. Um contexto político de tensão entre executivo e legislativo, como se observou entre 2014 e 2015, afeta a capacidade de conversão de medidas provisórias. Por outro lado, grande alinhamento pode ser prejudicial se coibir o debate sobre as consequências da norma ou das manifestações da oposição. Diante das mesmas regras constitucionais, o contexto político pode afetar completamente o desempenho do executivo na legiferação de urgência.

A MP, uma vez transformada em PL *sui generis*, enfrenta o trâmite legislativo com intensidade temporal, preservando o espaço de participação do Congresso, que: a converterá sem ajustes quando tiver sua capacidade de emenda cerceada pelas regras; ou a trabalhará para encaixar emendas de seu interesse e do governo quando for conveniente. A lei sancionada refletirá a dinâmica político-institucional da integração entre governo e parlamento para implementação da agenda legislativa de ambos.

3.3 O controle negativo: rejeição e perda de eficácia como indicadores de não cooperação no processo legislativo

A não conversão de uma medida provisória em lei é consequência do controle exercido pelo parlamento sobre o poder de legislar do presidente. O fato de o Congresso Nacional deter os meios institucionais para impedir a conversão da medida provisória denota, por si só, que o compartilhamento da função legislativa que ela propicia, em um primeiro momento em

⁶⁷³ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 85.

⁶⁷⁴ SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 195.

favor do executivo conserva, ao final, a autonomia do parlamento. Nesse sentido, constitui instrumento efetivo na preservação do equilíbrio entre os poderes sob a ótica dos mecanismos de freios e contrapesos: o legislativo pode exercer o controle sobre o poder de legislar do presidente e o faz dentro de um arranjo eficiente.

Uma medida provisória que é rejeitada em votação ou que perde sua eficácia por decurso de prazo sem análise do legislativo pode sinalizar a não cooperação entre os poderes, isto é, conflito em torno do uso do instrumento. Significa que o julgamento do presidente da República sobre a necessidade de uma lei, de caráter provisório até a concordância do Congresso com sua existência, ainda que com ajustes, não obteve a mesma avaliação pelo órgão legislativo. A recusa do parlamento em cooperar é uma clara demonstração de discordância ou falta de alinhamento com o governo, ou uma clara afirmação de sua própria independência. Em qualquer hipótese, significa que os instrumentos de controle estão disponíveis para o parlamento.

Uma possibilidade a ser considerada na apreciação dos dados é que o arranjo não seja eficiente para permitir a devida análise e que a rejeição ou perda de eficácia da MP seja decorrentes de falhas sistêmicas. Nesse caso, trata-se de observar se existe alguma mudança nos parâmetros de votação antes e depois da ADI nº 4.029, que declarou a inconstitucionalidade da prática de substituição da análise da comissão mista pela análise em plenário.

Como já foi dito, o novo equilíbrio e compartilhamento da função de legislar pelo Congresso pode ser avaliado levando-se em conta o controle positivo ou negativo. Do lado do controle negativo, tem-se: (3.3.1) rejeição das medidas provisórias; e (3.3.2) perda de eficácia como indicadores da desaprovação do parlamento.

3.3.1 Rejeição de medida provisória e recusa de cooperação com o executivo

A rejeição de medida provisória é a situação menos frequente: apenas 35 entre as 709 editadas entre 2001 e 2015. Intuitivamente, acredita-se que a rejeição é a forma do Congresso explicitar o desagravo à legiferação de urgência, ocasião de exercício da sua capacidade de impedir o processo legislativo e de controle do executivo. Entretanto, a análise desses 35 casos

mostra que, embora a rejeição seja realmente um controle, ela acontece em contexto curioso: é feita com o acordo do governo na maioria das situações.

Para demonstrar tal achado da pesquisa, são explicitados a seguir: (i) dados gerais das MPs rejeitadas e a fase do processo legislativo no qual o resultado foi proclamado; (ii) casos nos quais a rejeição é inócua porque a MP já exauriu seus efeitos; e (iii) casos que implicam verdadeira derrota e que possuem consequências reais para o governo.

Quanto aos (i) dados gerais, a rejeição de medida provisória é pouco frequente, sendo mais comum a perda de vigência por não deliberação. Foram 35 explicitamente rejeitadas ante 117 não convertidas, isto é, que perderam a vigência antes da conclusão do trâmite legislativo. De 2011 a 2014 não houve nenhuma MP rejeitada em votação no Congresso. A única rejeição de 2010 foi feita pelo Senado com o parlamento ciente de que era inócua, pois os efeitos já haviam sido exauridos. O ano em que mais MPs foram rejeitadas foi 2002, reflexo do movimento do Congresso de rejeitar as propostas após o resultado da eleição presidencial, conforme observa-se na tabela a seguir:

Tabela 10 – Medidas provisórias rejeitadas (2001-2015)

Ano	Rejeitadas	Total de não convertidas	Total editado
2001	2	2	20
2002	13	16	82
2003	-	1	58
2004	4	7	73
2005	3	8	42
2006	3	7	67
2007	4	10	70
2008	3	5	40
2009	-	3	27
2010	1	12	42
2011	-	7	36
2012	-	7	45
2013	-	9	35
2014	-	14	29
2015	2	9	43
Total	35	117	709

O aumento no número de medidas provisórias rejeitadas nos últimos meses do governo FHC é fruto do contexto político. Duas entre as rejeitas, a MP 44/2002, que tratava da comissão da lavoura cacaueira, e a MP 42/2002, sobre a carreira da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), chamam a atenção pela justificativa que receberam em plenário no Senado no mesmo dia: o Partido dos Trabalhadores, recém-eleito, se comprometia a reeditar ambas as MPs, com ajustes no texto, assim que assumisse o governo⁶⁷⁵.

As duas MPs de 2015 rejeitadas também refletem momento político específico. Uma foi devolvida por inconstitucionalidade⁶⁷⁶, não rejeitada, com ato do presidente do Senado declarando perda de eficácia⁶⁷⁷ e dando ensejo à revogação por outra MP editada pela presidente⁶⁷⁸ (MP 669/2015 e 671/2015). A segunda foi editada ao final de 2015 e rejeitada na Câmara no ano seguinte, em sessão realizada no dia 4 de maio de 2016, após a autorização da abertura do processo de impeachment contra a presidente ocorrida em 17 de abril (MP 704/2015).

Destaca-se que a rejeição de uma medida provisória pode ocorrer em quatro momentos diferentes: a) na Câmara dos Deputados pela rejeição dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência; b) na votação na Câmara; c) na recepção no Senado da MP já votada na Câmara, pela rejeição dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência; d) na votação do mérito no Senado. Na prática, a Câmara costuma rejeitar mais no mérito e o Senado, nos requisitos constitucionais. Nesse caso, significa que os deputados julgaram admissível e o Senado, unilateralmente, exerce, como casa revisora, a capacidade de desfazer o julgamento dos deputados e invalidar, inclusive, o projeto de lei de conversão.

Seja na Câmara ou no Senado, a rejeição da MP costuma ser encaminhada no parecer do relator, ainda que este faça parte da base de apoio do governo. Dito claramente: o governo aceita e encaminha a rejeição da medida provisória na esmagadora maioria das vezes em que MPs foram rejeitadas. O fato de o relator encaminhar pela rejeição significa tanto que o executivo antecipa a derrota quanto entra em acordo com a oposição para retirada da

⁶⁷⁵ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 13 de novembro de 2002, p. 21172 e 21218.

⁶⁷⁶ Cf. <<https://globoplay.globo.com/v/4008289/>>.

⁶⁷⁷ SENADO FEDERAL. *Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 5 de 2015*.

⁶⁷⁸ Cf. art. 37 da Medida Provisória nº 671, de 19 de março de 2015.

proposta, podendo o conteúdo ser contemplado de outra forma. Em geral, a Câmara rejeita mais no mérito e o Senado nos pressupostos. A rejeição dos pressupostos manda a matéria direto à arquivo, impossibilitando a discussão do mérito e dá celeridade à ordem do dia. Nas únicas seis ocasiões em que o plenário votou pela rejeição da medida e o relator encaminhou favoravelmente, pode-se dizer que houve desalinhamento. As informações sobre o motivo da rejeição e em qual casa se deu são explicitados na tabela a seguir.

Tabela 11 – Razões da rejeição da medida provisória (2001-2015)

Resultado	Quantitativo
Rejeitado mérito na Câmara	10
Rejeitado mérito no Senado	5
Rejeitado parecer na Câmara	6
Rejeitados pressupostos na Câmara	4
Rejeitados pressupostos no Senado	9
Rejeitados pressupostos pela mesa do CN	1
Total	35

Esses resultados englobam (ii) casos nos quais a rejeição é inócua porque a medida já exauriu seus efeitos. Esse grupo compreende as MPs de crédito extraordinário. Foram quatro rejeitadas: duas na Câmara e duas no Senado. No Senado, uma rejeição foi por ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência e outra no mérito, com o parecer encaminhando o voto pela rejeição. Na MP 508/2010, a matéria foi rejeitada com os senadores cientes de que rejeição era inócua porque o dinheiro já havia sido gasto⁶⁷⁹. Idem para a MP 400/2007 na qual o próprio relator, sen. Romero Jucá (PMDB-RR), votou contra o mérito afirmando que o orçamento já havia todo empenhado e liquidado e que a rejeição fazia parte do acordo com a oposição para permitir a votação de outras três MPs⁶⁸⁰. Na Câmara, a MP 430/2008, o relator dep. Colbert Martins (PMDB-BA) diz que Comissão Mista de Orçamento já aprovou PL com o mesmo objetivo e, por isso, encaminha pela ausência dos pressupostos⁶⁸¹. A MP 245/2005 é a única na qual o parecer encaminha a aprovação e é rejeitado no plenário da Câmara.

⁶⁷⁹ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 18 de março de 2011, p. 7238-45.

⁶⁸⁰ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 2 de abril de 2008, p. 7575, col. 2.

⁶⁸¹ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 10 de julho de 2008, p. 32215, col. 1.

A MP 446/2008, a seu turno, conhecida como MP da Filantropia causou muito debate por conta das denúncias de irregularidades na emissão dos certificados de entidade beneficente de assistência social. O relator, dep. Ricardo Barros (PP-PR) cita 268 emendas recebidas e PLs de autoria de deputados com conteúdo similar, o que destacaria a importância do tema, e pondera que foi realizado acordo no colégio de líderes pela inadmissibilidade da MP⁶⁸². Apesar da rejeição, o Dep. Chico Alencar (PSOL-RJ) reforça que a ação é inócua porque certificados já foram prorrogados durante a vigência da medida e o governo já teria tido seu objetivo cumprido⁶⁸³. Ao final, não foi editado decreto legislativo e a MP manteve os efeitos válidos para os atos realizados durante sua vigência.

No grupo (iii) das rejeições que possuem consequências reais, a análise apurada aponta que o próprio governo encaminha a rejeição das matérias. As razões são variadas: liberação de pauta, decisão do STF, reação política dos setores afetados.

A MP 397/2007, relatada pelo líder do governo à época, sen. Romero Jucá (PMDB-RR) tratava da revogação da MP 385/2007 e foi emitida com o objetivo declarado de liberar a pauta de votação na Câmara para votação da nova prorrogação da CPMF. No dia da votação do Senado, entretanto, havia outra MP de interesse do governo a ser deliberada, a MP 398/2007 sobre a criação da Empresa Brasil de Comunicação (EBC). O encaminhamento do relator pela rejeição, justificando que matéria idêntica à MP 385/2007 já havia sido aprovada em projeto de lei da Câmara dos Deputados e não haveria prejuízo quanto ao resultado prático, causou revolta na oposição, que se retirou do plenário para não participar da votação⁶⁸⁴. Semanas depois, o líder do governo volta para encaminhar a rejeição da MP pela ausência os pressupostos constitucionais, afirmando necessidade de coerência com a votação anterior e o compromisso do governo em resolver de outra maneira a matéria disciplinada na MP⁶⁸⁵.

⁶⁸² BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 11 de fevereiro de 2009, p. 3349-51.

⁶⁸³ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 11 de fevereiro de 2009, p. 3355, col. 01.

⁶⁸⁴ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 12 de março de 2008, p. 5255-63.

⁶⁸⁵ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 17 de abril de 2008, p. 9772, col. 01.

A MP 397 foi, portanto, rejeitada após ter cumprido seu papel de liberação da pauta e a MP coligada, 385, embora rejeitada, teve o conteúdo aprovado de outra forma, pois seu único artigo foi assimilado no PLV da MP 410/2007.

O acionamento do STF contra uma medida provisória ensejou a rejeição pelo Senado da MP 242/2005, que alterava as regras para cálculo do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, além de determinar que não seria devido auxílio a trabalhador que ingressasse no Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou lesão invocada para a concessão do benefício sem cumprimento de carência. O relator e líder do governo, sen. Aloizio Mercadante (PT-SP) afirmou que propunha rejeitar o PLV diante da concessão de medida cautelar, para evitar novos questionamentos na justiça, e apresentou, no mesmo momento, projeto de lei para regular a matéria⁶⁸⁶.

De fato, sobre esta medida provisória, os partidos PSDB, PFL e PPS haviam entrado com ação direta de inconstitucionalidade. Três ações tramitavam em conjunto: ADI nº 3467, ADI nº 3473 e ADI nº 3505. A medida cautelar suspendendo a eficácia da MP havia sido concedida semanas antes da votação, em 1 de julho de 2007 pelo min. Marco Aurélio que, na mesma peça, divulgou o relatório e o voto preparado para o plenário⁶⁸⁷.

Trata-se de caso no qual a oposição obteve vitória e a rejeição implicou derrota ao governo naquele momento, que abriu mão da medida provisória pressionado pela decisão do STF. Também foram rejeitadas em decorrência de ADI tramitando as MPs 28/2002, que tratava matéria vedada (direito penal), e a MP 10/2001, que propunha contratação temporária de servidores para suprir grevistas.

A terceira e última situação é quando o governo é forçado a recuar por reação dos setores afetados pela medida provisória. Há ao menos quatro casos ilustrativos.

Em 2006, o governo editou duas MPs afetas à questão sindical. A MP 293/2006, que reconhece as centrais sindicais como representantes das organizações sindicais a elas filiadas para participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, e a MP 294/2006, que cria o Conselho Nacional de

⁶⁸⁶ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 21 jul.2005. p. 24971, col. 02.

⁶⁸⁷ Cf. <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2286204>>.

Relações do Trabalho (CNRT) e dá outras providências. Ambas foram levadas à votação no plenário no mesmo dia.

Na abertura da pauta, o dep. Arlindo Chinaglia (PT-SP) usou a palavra para dizer que a MP 293/2006 havia dividido o movimento sindical e que sabia que o debate se arrastaria por horas. Como a MP perderia a vigência no dia seguinte e havia divergências na própria base aliada, o encaminhamento era pela rejeição. O governo assumia o compromisso com as centrais sindicais e com o relator de editar, no ano seguinte, MP com o mesmo conteúdo, após ouvir ambos. O relator, dep. Medeiros (PL-SP) afirmou que o consenso ainda não estava formando em torno de alguns pontos do PLV e que por isso encaminhava a rejeição⁶⁸⁸.

Após a não aprovação desta MP, a MP 294 ficou prejudicada, por isso o relator encaminhou o mérito pela rejeição⁶⁸⁹.

A rejeição das MPs 293 e 294 fazia parte de acordo entre governo e oposição para limpar a pauta da Câmara e votar outros temas de interesse dos deputados, como a lei complementar do Estatuto da Micro e Pequena Empresa. A oposição lembrava também que ambas MPs estavam sendo questionadas no Supremo Tribunal Federal⁶⁹⁰. A falta de consenso na própria base do governo impediu a aprovação das MPs.

Outra MP rejeitada por falta de acordo durante a elaboração do PLV foi a MP 195/2004, sobre controle parental da programação televisiva. O relator no senado, Tião Viana (PT-AC) destacou a preocupação de alguns que a redação aprovada na Câmara pudesse limitar a liberdade de expressão e de comunicação audiovisual. Diante da impossibilidade de alterar o PLV no Senado e votá-lo na Câmara antes de encerrado o prazo de vigência da MP, havia acordo para rejeição dos pressupostos constitucionais e encaminhamento de projeto de lei do Senado para regular a matéria, com apenas um artigo ampliando o prazo de entrada em vigor da Lei nº10.359, de 27 de dezembro de 2001, objeto de modificação ampla pela MP,

⁶⁸⁸ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 5 de setembro de 2006, p. 41492-3; p. 41495, col. 02.

⁶⁸⁹ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 5 de setembro de 2006, p. 41519.

⁶⁹⁰ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 5 de setembro de 2006, p. 41494.

para 31 de outubro de 2006. A MP foi rejeitada e o projeto de lei aprovado em seguida⁶⁹¹. Contudo, o projeto não teve seguimento na Câmara e a lei retomou a redação anterior à MP.

Ainda mais controversa foi a MP 168/2004, que tratava da proibição de exploração de jogos de bingo e caça-níqueis. A Câmara aprovou PLV que recebeu parecer positivo do relator revisor no Senado. O parecer foi rejeitado em votação nominal pelos senadores, que concluíram pela inexistência dos pressupostos de relevância e urgência, com a diferença de um voto e três abstenções. Os debates foram acalorados, pois muitos gostariam de manter em funcionamento apenas os bingos, com o próprio presidente do Senado, sen. José Sarney (PMDB-AP) afirmando em diversos momentos que a rejeição dos pressupostos implicaria impossibilidade de discutir o mérito. A oposição, por sua vez, relacionava a urgência da MP com tentativa de abafar escândalo político causado pela divulgação de gravação com assessor da Casa Civil solicitando propina a empresário do jogo do bicho – caso Waldomiro Diniz. A MP, ao ver da oposição, sequer expressaria a postura real do governo, que havia manifestado em mensagem ao Congresso, dias antes de editar a MP, interesse em regularizar os jogos de azar⁶⁹².

Diante da análise das 35 situações nas quais medidas provisórias foram rejeitadas em votação no Congresso, seja na Câmara ou no Senado, transparece que a recusa do parlamento em converter a legislação de urgência nem sempre significa derrota do executivo. Quando a MP já teve seus efeitos exauridos, a aprovação é desnecessária. Nos demais casos, foram poucas as situações nas quais o governo foi surpreendido com a rejeição. Na maioria das vezes o resultado é esperado e fruto de acordo com senadores ou deputados. Até mesmo o controle negativo exercido com a rejeição é dialogado e se insere no compartilhamento da função de legislar. Exceto os casos de obstrução pela minoria, a rejeição é operada pela base de apoio do governo.

A questão do controle das medidas provisórias relaciona-se aos meios de controle também da coalizão governamental, de cunho político que ultrapassa questões jurídicas do

⁶⁹¹ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 11 de novembro de 2004, p. 35865-70.

⁶⁹² BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 6 de maio de 2004, p. 12284-12304.

uso do instrumento e das relações entre o executivo e o legislativo⁶⁹³. O parlamento contemporâneo deve avaliar as opções governamentais e negar validação do que lhe pareça contrário aos interesses da sociedade que ele encarna e representa, ainda que já não disponha de condições para exercer a impulsão na tomada das decisões⁶⁹⁴.

Embora sejam reduzidos os casos de rejeição de medida provisória, parte deles ocorreu por efetivo controle do parlamento, pois resulta dos debates que concluíram pela inadequação da medida naquele momento, nem sempre pela inadequação do seu conteúdo, mas certamente pela inadequação do momento político.

3.3.2 *Perda de eficácia: a opção do Congresso como sinal ambíguo de não cooperação*

A perda de eficácia de uma medida provisória ocorre pela não conversão em lei no prazo constitucional e resulta, teoricamente, em perda para o governo, que elaborou medida posteriormente considerada desnecessária. A análise das 81 MPs que não foram votadas mostra situação semelhante à das rejeitadas: nem sempre há prejuízo para o governo. Contudo, não é possível afirmar que a perda de eficácia é sempre espécie do controle exercido pelo parlamento: raras são as ocasiões nas quais a MP deixou de ser votada por obstrução da oposição.

As informações sobre as medidas provisórias que tiveram a vigência encerrada são exploradas a partir dos: (i) dados gerais, com indicação da fase do processo legislativo na qual se encerrou o prazo de análise pelo Congresso; (ii) exemplos de situações distintas que causaram a perda de eficácia; e (iii) casos nos quais a perda de eficácia foi contornada por outros meios.

Com relação aos (i) dados gerais sobre as medidas provisórias que perderam a eficácia por não completarem o processo legislativo de conversão em lei, tem-se 11% nesta situação (81 em 709 editadas entre 2001 e 2015). Dessas, sete foram revogadas antes de se ultimar a votação, uma perdeu a eficácia por decisão do STF (MP 394/2007, que alterava o Estatuto do

⁶⁹³ SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 99.

⁶⁹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. A atividade legislativa no Estado contemporâneo. IN CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alli. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1195-1206.

Desarmamento e pretendia burlar a vedação de não reedição), e 73 tiveram a vigência encerrada.

Há mais que o dobro de medidas que perderam a eficácia do que as que foram rejeitadas em votação: 81 ante 35. A perda de eficácia, ou vigência, abarca o período desde a edição e, pela regra constitucional, implica a necessidade de regular as relações jurídicas concretizadas sob a égide da MP enquanto esteve vigente. Para o Congresso, a derrubada completa da MP termina com a edição de decreto legislativo. Na prática, poucas são as situações em que tal decreto é concebido, mantendo-se o valor jurídico da MP para aquele interstício de tempo em que foi vigente, exceção prevista no art. 62 da CF que se tornou a regra.

A ausência de elaboração de decreto legislativo preserva a disciplina pensada pelo executivo, representando, de certa forma, uma cooperação. Essa situação coloca o executivo em situação confortável: a MP resta preservada ainda que tenha perdido a vigência. Por outro lado, como algumas medidas provisórias não concretizam efeitos durante a sua vigência – como as de cunho tributário que necessitam respeitar o princípio da anterioridade –, a ausência de decreto legislativo é inócua, assim como a edição original. Concretamente, se a MP não efetivou relações jurídicas, não há razão para disciplinar sua perda de eficácia.

Assim como ocorre com as MPs rejeitadas, algumas que perdem a vigência são de crédito extraordinário: 16 das 81, e, portanto, muitas já exauriram seus efeitos e a perda de eficácia não gera maiores consequências. Entretanto, em um caso específico, a MP 338/2006 de crédito extraordinário deixou de ser apreciada porque no momento da votação o PSDB se manifestou contra a suplementação para as estatais por meio da MP, no que foi apoiado pelo DEM. A sessão foi suspensa e retomada com o acordo confirmado pelo líder do governo de transformação da MP em projeto de lei⁶⁹⁵. A edição dessa MP visava socorrer empresas estatais que não obtiveram bom desempenho orçamentário, tentativa que havia sido feita mediante o rito normal, de projetos de lei, que não tiveram tempo de serem aprovados e

⁶⁹⁵ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 30 de maio de 2007, p. 16881-93.

foram condensados na MP, fato que foi inclusive mencionado na exposição de motivos⁶⁹⁶. A obstrução representou vitória da oposição.

Há outras situações nas quais a perda de eficácia é inócua, como no caso da MP 648/2014, que autorizava a retransmissão da Voz do Brasil entre as 19h e 22h no período da Copa do Mundo FIFA 2014. Ela foi analisada após o fim da copa, o que tornava desnecessária a sua conversão. O parecer não foi apreciado no plenário da Câmara por falta de quórum⁶⁹⁷.

No cômputo geral, os anos de 2014 e 2010 foram os que tiveram mais MPs não votadas: 14 e 11, respectivamente. Parte das MPs de 2014 entraram na pauta apenas no primeiro semestre de 2015, com o ambiente político já contaminado pelas discussões do impeachment. Portanto, é compreensível a perda de vigência. O ano de 2010, a seu turno, foi o último do governo Lula e algumas MPs deixaram de ser apreciadas por falta de quórum.

Tabela 12 – Medidas provisórias que perderam a eficácia por ano (2001-2015)

Ano	Quantidade
2002	2
2003	1
2004	3
2005	5
2006	4
2007	6
2008	2
2009	3
2010	11
2011	7
2012	7
2013	9
2014	14
2015	7
Total	81

Descendo ao detalhe da fase de análise do Congresso em que se encontrava a medida provisória quando perdeu a eficácia, prevalece o estágio na Câmara dos Deputados. Há uma

⁶⁹⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Álvaro Ayres de. *Medida provisória e crédito extraordinário: excesso de democracia ou crime de responsabilidade?* Brasília: Senado Federal, s.d., p. 77-9.

⁶⁹⁷ Cf. <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/118021>.

diferença marcante a partir do ano de 2012, em que passou a ser obrigatória a análise da comissão mista. Naquele ano, das sete MPs com vigência encerrada, cinco ainda tramitavam na comissão mista. Em 2013, das nove, cinco aguardavam votação no plenário da Câmara, uma já estava no Senado e três ainda na comissão. Em 2014 (9) e 2015 (6), a maioria ficou represada na comissão.

Estima-se que o aumento de medidas não votadas desde a obrigatoriedade da comissão mista possa ser devido aos ritos a mais que devem ser cumpridos, sendo complexa a operação simultânea de múltiplas comissões mistas. A comissão implica desafio de quórum e faz com que muitas MPs caiam por decurso de prazo ainda que as relações entre executivo e legislativo estejam boas. Haveria, portanto, uma dimensão inerente ao arranjo que explicaria a perda de validade de várias MPs, uma vez que há situações em que há concordância do legislativo, como a MP do FIES ou do audiovisual, temas sem oposição, que não foram votadas por falta de quórum⁶⁹⁸.

A imposição da passagem pela comissão mista traz mais complexidade ao rito de tramitação e aumenta os custos de aprovação: se a MP não puder ser analisada no prazo, o presidente fica impedido de reapresentá-la. Além disso, há mais exposição dos deputados durante o debate, o que igualmente aumenta os custos de aprovação de medidas que afetem diretamente certos públicos atentos ao processo decisório⁶⁹⁹.

Supondo que o governo consiga manejar positivamente o quórum das comissões mistas, existem várias estratégias de retardamento da discussão que podem ser manejadas para protelamento do trabalho: realização de audiências, pedido de vista do relatório, destaques de votação, todas favorecem a obstrução. O estágio da comissão mista funciona como mais uma peneira no processo legislativo da medida provisória.

Outra explicação pode ser encontrada no fato de que a comissão mista viabiliza a participação da oposição na relatoria das matérias diante da regra da alternância das casas e dos partidos. Isso significa que o governo perde controle do processo de conversão em lei das

⁶⁹⁸ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁶⁹⁹ MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 101.

medidas provisórias, sendo obrigado a recorrer a outros mecanismos de controle, entre os quais o abandono das medidas provisórias relatadas pela oposição. Assim, evita-se dar espaço aos opositores e a aprovação de textos muito distantes da proposta original: 40% das medidas provisórias relatadas pela oposição após o acordo dos líderes perderam eficácia por decurso de prazo⁷⁰⁰.

É interessante observar que mesmo a comissão sendo etapa obrigatória apenas a partir de 2012, em quatro anos, ela ultrapassou os números de represamento no Senado: 23 ante 16. Quase a metade das MPs perde a eficácia porque não vence a etapa de votação no plenário da Câmara. Apenas duas foram perdidas porque voltaram com emendas do Senado e não houve tempo hábil para nova apreciação na Câmara (MP 252/2005 e 303/2006), conforme se observa na tabela a seguir:

Tabela 13 – Medidas provisórias que perderam eficácia segundo o estágio de tramitação

Estágio da tramitação	Quantitativo
Comissão	23
Câmara	40
Senado	16
Câmara 2ª leitura	2
Total	81

Passando aos (ii) exemplos de situações que ensejaram a perda de eficácia, os casos se dividem: não apresentação de parecer, interrupção da votação, interferência de decisões do STF, revogação.

Nas situações em que não foi oferecido parecer, apenas é possível afirmar o desinteresse do governo em dar seguimento à tramitação. Tendo em vista que no ambiente pré-comissão mista que vigorou na maior parte do período analisado, a base de apoio no Congresso é suficiente para assegurar a indicação de relator e levar o tema para plenário. Não havendo sequer o cumprimento desta etapa, não é possível afirmar as razões para a desistência em regular a matéria, pois faltam informações mínimas que possam embasar qualquer aprofundamento.

⁷⁰⁰ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 95.

Situação distinta é quando a votação sobre o parecer é interrompida, seja na comissão mista ou no plenário.

A não votação na comissão pode resultar da falta de acordo sobre os termos do parecer ou em decorrência de obstrução pela oposição. Por vezes, a obstrução é utilizada justamente porque não foi possível construir o acordo.

A MP 629/2013 é um exemplo em que as duas situações se combinam. O texto original dispunha sobre transferência de recursos para estados e municípios com o objetivo de fomentar as exportações. Em decorrência da regra de alternância da relatoria, foi designado relator na comissão mista o dep. Pauderney Avelino (DEM-AM), membro da oposição, que acolheu duas emendas para acrescentar artigo permitindo reativar o programa Reintegra, de desoneração de tributos indiretos incidentes na cadeia de exportação, mantendo o resto do texto original. O sen. José Pimentel (PT-CE), da base do governo, solicitou o ponto fosse retirado. Diante da insuficiência de quórum na comissão a deliberação foi interrompida e a MP não foi votada⁷⁰¹. Entretanto, a prorrogação do Reintegra era defendida pelo próprio governo, pois constava da MP 601/2013, que estava sendo discutida concomitantemente em outra comissão.

A MP 649/2014, a seu turno, continha apenas um dispositivo dispondo sobre a fiscalização orientadora sobre a informação na nota fiscal da carga tributária incidente na venda de seus produtos e serviços. O relatório apresentado em comissão continha matéria estranha, dispondo sobre alterações na lei dos resíduos sólidos tendo em vista a situação dos municípios que não conseguiram cumprir o prazo para eliminação dos lixões. Houve pedido de vista do relatório, o que implicou nova articulação com o relator para alteração do texto, que não apresentou nova versão a tempo⁷⁰². Neste caso, foi a inserção do jabuti que atrapalhou a conversão da MP.

No plenário, por vezes a votação sobre o parecer foi iniciada e não concluída. Por vezes, a MP chegou a ser aprovada na Câmara, mas não chegou ao Senado em tempo hábil para votação antes da perda de eficácia. Em outras ocasiões, foi feito requerimento para retirada

⁷⁰¹ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 12 de junho de 2014, p. 158-163.

⁷⁰² BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 17 de setembro de 2014, suplemento, p. 20-37.

de pauta pelo líder do governo. São raras as ocasiões em que a votação não foi concluída devido à obstrução por parte da oposição.

O êxito ou fracasso do governo dependem da dinâmica interna do Congresso⁷⁰³.

A MP 601/2012, citada anteriormente e que trazia a prorrogação do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), chegou a ser aprovada na Câmara dos Deputados quatro dias antes do fim da vigência, mas não foi votada no Senado⁷⁰⁴. Embora o governo tenha pressionado o presidente do Senado a seguir com a votação, este se recusou a pautá-la, reforçando o desgaste político do executivo em consequência de tensões ocorridas em votações anteriores⁷⁰⁵.

O trâmite concomitante de várias medidas provisórias pode forçar o governo a escolher qual MP votar. Isso aconteceu em vários momentos, com o líder do PT ou o líder do governo solicitando retirada ou inversão de pauta. Acabou sacrificada, entre outras, a MP 557/2011, que instituía o Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna⁷⁰⁶.

A votação pode ser interrompida, por fim, devido a táticas de obstrução da oposição que, sem votos para derrubar a matéria ou aprovar as emendas que deseja, recorre a manobras regimentais para impedir o andamento da pauta.

A MP 652/2014, que tratava do Programa de Desenvolvimento da Aviação Regional, teve a votação do relatório obstruída pelo DEM em plenário, com solicitação de votação nominal, requerimento de retirada de pauta, recursos contra a decisão de desconsiderar emendas por tratarem de matéria estranha, destaques⁷⁰⁷. Discutida durante duas sessões, a MP não teve a votação concluída e perdeu a eficácia.

⁷⁰³ CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *Medida provisória: dogmas e realidades*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 197.

⁷⁰⁴ Cf. <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/110067>>.

⁷⁰⁵ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 110-11.

⁷⁰⁶ Cf. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533510>>.

⁷⁰⁷ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 13 de novembro de 2014, p. 81-86.

Na MP 487/2010, que tratava de subvenções para financiamentos ofertados pelo BNDES, o DEM recorreu ao pedido de recurso contra o indeferimento liminar de emendas para adiar a votação e, assim, impedir a aprovação do PLV na Câmara⁷⁰⁸.

Já na MP 481/2010, a tática foi o prolongamento da discussão até o encerramento da sessão, no último dia da vigência da MP. A medida tratava da doação de alimentos em caráter de ajuda humanitária para o Haiti, El Salvador, Guatemala, Bolívia, Zimbábue, Palestina, Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. A oposição criticava a inclusão, pelo relator, de artigo prevendo a doação de mercadorias apreendidas antes de decisão judicial definitiva. PSDB e DEM votaram pela inadmissibilidade da MP. O debate se arrastou até o momento em que ficou evidente que ainda que a Câmara aprovasse o projeto, não haveria tempo do Senado analisar, uma vez que a perda de eficácia se daria no dia seguinte. Além disso, era sabido que a doação, objeto principal o texto, já havia sido realizada⁷⁰⁹.

Assim como ocorre com a rejeição de algumas medidas provisórias, o acionamento do STF pode influenciar o trâmite. Foi o que ocorreu com a MP 700/2015, que alterava as regras para as desapropriações por utilidade pública e, entre outras propostas, ampliava o rol de legitimados para executar a desapropriação. Ela chegou a ter o parecer proferido na comissão mista, mas não foi votado⁷¹⁰. A MP era objeto de contestação junto ao STF em ação ajuizada pelo Partido Solidariedade. Embora a cautelar tenha sido negada, o ambiente político travou a discussão⁷¹¹.

Outro tema polêmico foi o dos royalties do petróleo, constante da MP 592/2012. Aqui, não era propriamente a MP que estava sendo questionada, mas a Lei nº 12.734 de 30 de novembro de 2012, sancionada com vetos dias antes da edição da MP. Como a MP complementava pontos correlatos, a apreciação foi sobrestada ainda na comissão mista⁷¹².

⁷⁰⁸ Cf. <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/96563>>.

⁷⁰⁹ BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*, 10 de junho de 2010, p. 27412-27430.

⁷¹⁰ Cf. <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124368>>.

⁷¹¹ ADI n. 5.446, rel. min. Marco Aurélio, 27ago.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4911462>>. Acesso em 08maio.2019.

⁷¹² Cf. <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/109360>>.

A MP 394/2007, que prorrogava o prazo de renovação do registro de propriedade de armas definido no Estatuto do Desarmamento perdeu a eficácia devido à medida cautelar concedida no âmbito da ADI 3.964 por configurar reedição proibida pela constituição⁷¹³.

Grupo à parte de MPs que perderam a vigência é constituído por sete revogações: MP 523/2011, de subvenção ao BNDES, revogada pela Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011; MP 437/2008, que cria o Ministério da Pesca; MP 382/2007, de subsídios tributários para setores específicos; MP 380/2007, de unificação tributária sobre mercadorias procedentes do Paraguai; MP 379/2007, que alterava o Estatuto do Desarmamento; MP 249/2005, de loteria desportiva; MP 124/2003, sobre o quadro de pessoal da Agência Nacional de Águas.

Finalmente, há (iii) casos nos quais a perda de eficácia foi contornada por outros meios.

A MP 646/2014 promovia alterações no Código de Trânsito relativas ao “registro, licenciamento e condução de tratores e demais aparelhos automotores destinados a puxar ou a arrastar maquinário agrícola de qualquer natureza ou a executar trabalhos agrícolas e de construção ou de pavimentação”. O relator designado não apresentou relatório e a presidente da comissão, dep. Luci Choinacki (PT-SC) declarou, durante a segunda reunião, às vésperas do fim da vigência, que havia conversado com o governo para incorporar a matéria como emenda em PLV de outra medida provisória em tramitação⁷¹⁴.

A MP 623/2013, por exemplo, teve PLV aprovado na comissão, mas não foi incluída na pauta de votação da Câmara. Ela tratava de créditos agrícolas e, por conta do relator pertencer à oposição, o texto foi incluído pelo governo como jabuti no PLV da MP 618, relatado por integrante da base aliada. Assim, garantiu-se o texto original da MP 623 sem as alterações desejadas pela oposição⁷¹⁵.

Já na MP 617/2013, as emendas incorporadas pelo relator desagradaram o governo, pois expandiam a renúncia de receita prevista no transporte intermunicipal para modais não previstos inicialmente e incluía alteração nas regras do vale-transporte. O Dep. Mendonça

⁷¹³ ADI n. 3.964-MC, rel. min. Ayres Britto, Julgado em 12dez.2007, DJ 11dez.2008.

⁷¹⁴ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 17 de setembro de 2014, suplemento, p. 18.

⁷¹⁵ BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2016, p. 120.

Filho (DEM-PE) declarou na comissão mista que a MP tinha origem em texto seu e que por isso a expansão para o modal aquaviário estava acordada com o governo, e inclusive já havia sido aprovada em projeto de lei que aguardava sanção, sugerindo aguardar a publicação para depois dar continuidade ao debate dos demais itens do PLV. Na retoma posterior da análise do relatório, modificado neste e outros trechos, o sen. José Pimentel (PT-CE) falou que encaminharia a aprovação, mas sem compromisso posterior uma vez que a proposta precisava ser analisada diante de alternativas em debate no governo⁷¹⁶.

Tema caro para o governo foi disciplinado na MP 607/2013: alteração do valor do Bolsa Família. No entanto, os ajustes propostos nesta MP foram incorporados no PLV da MP 590, que promoveu mudanças mais amplas no Programa Bolsa Família. O relator, dep. Assis Carvalho (PT-PI) afirmou em seu parecer que a apreciação fica prejudicada diante do regramento da matéria em outra lei⁷¹⁷.

O mesmo ocorreu com a MP 603/2013, do seguro-safrá: a matéria objeto da MP já havia sido contemplada no PLV da MP 587/2012, convertida na Lei nº 12.806 de 2013⁷¹⁸. E com o reajuste do salário mínimo dado pela MP 516/2010, incorporado na Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011⁷¹⁹.

Diante desse quadro, conclui-se que a perda de eficácia de uma medida provisória decorre de razões diferentes e nem sempre significa exercício da capacidade de impedir pelo parlamento. Ela pode refletir opção do governo para priorizar a votação de outras MPs, pode decorrer de intervenção do STF comparável ao controle preventivo de leis, ou pode resultar, de fato, em controle negativo mediante manobras de obstrução por parte da oposição ou falta de acordo em torno do texto. De qualquer forma, a perda de eficácia não constitui obstáculo para o governo quando este deseja dar seguimento à proposta: ela será incorporada em outro projeto e, assim, convertida em norma. Portanto, a não votação de medida provisória deve ser analisada contextualmente, caso a caso, podendo servir tanto à acertos entre governo e parlamento como a disputas.

⁷¹⁶ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 1 de outubro de 2013, p. 67605-18.

⁷¹⁷ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 23 de maio de 2013, p. 28629-42.

⁷¹⁸ Cf. <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/110146>>.

⁷¹⁹ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 19 de maio de 2011, p. 17194.

3.4 O veto consignado como fracasso da interação entre os poderes

O veto nos projetos de lei de conversão de medidas provisórias pode representar falhas no processo de negociação que são contornadas pelo executivo quando o texto retorna ao controle do presidente. Entretanto, ele é um marcador impreciso porque envolve tanto questões de constitucionalidade das leis quanto cálculos políticos, por vezes de comum acordo com o Congresso para evitar que o trâmite legislativo se alongue, o que é ainda mais relevante no contexto das medidas provisórias.

No compartilhamento da função de legislar, o veto pode ser visto como reação do executivo ao texto aprovado em desacordo com os planos do governo ou como necessidade jurídica. No primeiro caso, funcionaria como remédio para incursões legislativas indesejadas ou inconvenientes. Assim, a falta de cooperação durante a fase de trâmite legislativo resolve-se com ação do executivo suspendendo parte da lei aprovada pelo parlamento até que este reverta, ou não, o veto. É, portanto, uma ação de contornos políticos. Também pode ser ação saneadora se evita a entrada no ordenamento jurídico de dispositivos inconstitucionais. Nesse caso, o contorno jurídico sobrepõe-se ao político.

As regras de veto no Brasil estabelecem motivação por inconstitucionalidade ou interesse público, a critério do presidente da República. O Congresso guarda a prerrogativa de derrubar o veto, por maioria absoluta, sendo pouco frequentes as ocasiões em que isto ocorre.

O veto em projeto de lei de conversão de medida provisória pode ser instrumento de controle das alterações promovidas pelo Congresso, permitindo ao governo eliminar aquelas que, em vez de aprimorar o texto original, afastam-se dos objetivos do executivo. Tal controle pode incidir tanto em situações de desalinhamento com o parlamento quanto naquelas nas quais há acordo para remoção ou reformulação de certos trechos, porém se deseja concluir o trâmite legislativo. Nas medidas provisórias, isso pode ocorrer quando as posições da Câmara e do Senado divergem, mas não há tempo hábil de votar emendas dos senadores diante do prazo de perda de eficácia.

Para analisar as implicações do veto no processo de legiferação de urgência, serão abordados: (3.4.1) o veto por inconstitucionalidade e interesse público e sua incidência na

conversão de medidas provisórias; e (3.4.2) exemplos de vetos e como se inserem na dinâmica de cooperação e controle em torno da medida provisória.

3.4.1 *O veto por inconstitucionalidade e interesse público nas medidas provisórias*

No Brasil, as medidas provisórias alteradas no Congresso retornam para sanção presidencial como projeto de lei de conversão. Neste momento, o texto está sujeito ao veto integral ou parcial, por constitucionalidade ou interesse público, como todo e qualquer projeto de lei. Ele pode ser indicador de falhas no processo de cooperação quando incide sobre os dispositivos alterados durante o trâmite legislativo.

O veto: (i) faz parte do processo legislativo e compõe dinâmica política que ultrapassa a sua função legal. Nas medidas provisórias, (ii) pode sinalizar exercício da função de controle decorrente da partilha do poder de legislar.

Do ponto de vista do (i) processo legislativo, o veto é a etapa final do trâmite. É ato legislativo, não executivo⁷²⁰, ainda que prerrogativa presidencial. Embora seja elemento clássico dos freios e contrapesos associados à balança de poderes como faculdade de impedir, é mais do que isso.

Isoladamente, o veto pode não representar contrapeso à atuação do Congresso, pois só é eficaz em momentos políticos favoráveis à sua manutenção⁷²¹. Ele encerra uma dinâmica que combina a institucionalidade das regras de decisão com os diferentes pontos de vista dos atores políticos habilitados a participar da cena legislativa⁷²². Na prática, quando mais o presidente precisa do veto, isto é, em momentos de desalinhamento político, é quando ele está mais ameaçado de ver o seu veto ser derrubado.

Considerando suas limitações, o veto é menos arma do que instrumento de colaboração: através dele, e com sua ameaça, o executivo consegue orientar e modelar a ação do parlamento. Torna-se emenda supressiva, de função erradicativa⁷²³. Significa a última

⁷²⁰ EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192, p. 167.

⁷²¹ WILSON, Woodrow. *Congressional Government: A Study in American Politics*. E-book. 2011. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/3/5/8/6/35861/>>. Acesso em: 22ago.2018.

⁷²² GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *O veto presidencial no Brasil: 1946-1964 e 1990-2000*. 2003. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ, 2003, p. 3.

⁷²³ CASASANTA, Mário. *O poder do veto*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1937, p. 332-3.

oportunidade de interferência do executivo no processo legislativo. Assim, o veto, para além de sua função técnica, pode ser instrumento de manifestação da vontade subjetiva do presidente sobre o conteúdo da norma em apreciação.

Tal função é exercida constitucionalmente sujeita a regramento especial atrelada a critérios de constitucionalidade e interesse público, de aplicação sob o julgo do presidente da República.

Veto por inconstitucionalidade é uma obrigação do presidente, que assim procede no exercício de função de controle preventivo de constitucionalidade das leis. Portanto, sendo obrigação, sob a ótica do resultado, matérias inconstitucionais aprovadas em projeto de lei de conversão e posteriormente vetadas em nada interferem na análise da cooperação executivo e legislativo. Ainda que possa ter havido alguma tentativa de negociação por parte do governo para evitar dispositivo dessa natureza, sua presença no projeto de lei de conversão termina por ser inócua, visto que o veto impede sua concretização no ordenamento jurídico.

O presidente, neste caso, revela-se como guardião da ordem jurídica. Esse poder o coloca na posição de defensor privilegiado da constituição, visto que pode exercer controle preventivo para defendê-la de qualquer arranhão resultante da entrada em vigor de lei inconstitucional⁷²⁴. A constitucionalidade pode ser avaliada sob dois aspectos: formal – se seguiu as regras do processo legislativo – e material – neste ponto, confunde-se com o mérito, pois avalia se a norma contraria dispositivo ou princípio constitucional⁷²⁵. É controle circunscrito por parâmetros jurídicos.

Quanto ao veto por interesse público, trata-se de decisão eminentemente discricionária do presidente, que considera argumentos técnicos e políticos para sua efetivação. Havendo discordância do executivo sobre a pertinência, vantagem, necessidade ou oportunidade de determinado elemento da norma, pode-se recorrer ao instituto do veto por interesse público. Assim, mais do que uma prerrogativa na balança de poderes, o veto possui contornos que podem beneficiar o presidente conforme for a circunstância do seu uso.

⁷²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷²⁵ HETSPER, Rafael Vargas. O poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 193, p. 215-226, jan./mar. 2012, p. 222.

O veto fundamentado no interesse público abarca uma dimensão eminentemente política: dá poder para impedir que a proposta se torne lei e que esta se ajuste ao programa de governo. É uma intervenção positiva no processo de elaboração normativa, de contornos legislativos e políticos, exercido dentro de balizas legais para adequação das normas aprovadas pelo legislativo aos interesses e objetivos do programa de governo presidencial ⁷²⁶.

O uso do veto pelo presidente vai além da questão jurídica da presença de inconstitucionalidade na norma apresentada para sanção. Possui inegável dimensão subjetiva abarcada pela possibilidade de veto com base em contrariedade ao interesse público. O caráter valorativo dado ao conceito de interesse público não afasta a necessidade de fundamentação e explicitação das razões de veto. O veto sempre é um ato expreso e deliberado, não conhecendo o ordenamento jurídico brasileiro atual o veto tácito.

Ainda que sujeito a motivações claras e manifestas, o veto compõe dinâmica política que ultrapassa a sua função legal. É um momento no qual o executivo atua com razoáveis graus de liberdade e serve não somente para ajustar um texto em parte inconstitucional, mas também é um momento político, que pode manifestar tanto uma discordância entre executivo e legislativo, como também um acordo – o veto combinado – para evitar a volta do texto à casa de origem e manter a perspectiva de inaugurar nova lei em espaço menor de tempo. O veto combinado é um instrumento para acelerar o processo legislativo, porém de difícil mensuração. Já o veto por discordância pode ser mais facilmente inferido pela sua derrubada posterior. Portanto, o veto pode ser, em alguns momentos, um indicador ambíguo de cooperação, especialmente quando sua aposição implica edição posterior de nova medida provisória ou envio de projeto de lei ao Congresso.

Com o veto, aplica-se efeito protelatório: a parte vetada fica suspensa até que seja apreciada pelos legisladores. Portanto, pode ser instrumento em favor do presidente nas ocasiões em que não obteve a cooperação desejada na apreciação de uma medida provisória.

⁷²⁶ SOARES, Marcos Antonio Striquer. O veto: controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário? *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 159, p. 241-251, jul./set. 2003, p. 243.

Sob a ótica de um executivo dominante, representa poder de impedir a atividade legislativa do parlamento, pois interesse público possui caráter subjetivo, não vinculado a parâmetros normativos⁷²⁷. Some-se a isto a dificuldade de o legislativo conseguir os votos necessários para derrubá-lo e o veto, de suspensivo torna-se absoluto⁷²⁸.

Seu uso depende de avaliação sobre a possibilidade posterior de sua derrubada. Se a exigência de quórum é elevada, torna-se mais vantajoso, pois reduz a possibilidade de derrubada posterior.

Acredita-se, contudo, que o quórum para a derrubada do veto presidencial faz pouca diferença no processo decisório pelo seu uso ou não. Isto porque há pouca mobilização parlamentar para a derrubada de vetos em geral: “não há dúvida de que vetos derrubados e projetos rejeitados são sinais de derrota do executivo, mas rejeição explícita de projetos do executivo e a derrubada de vetos são fenômenos bastante raros”⁷²⁹.

O uso do veto associado ao poder de decreto da medida provisória – inclusive veto no sentido amplo, isto é, bloqueio da análise pelo parlamento – está relacionado à própria atratividade da prerrogativa do executivo e à reação por parte do legislativo:

Se o executivo não tem veto efetivo, então as políticas implementadas por decretos do executivo que são objetáveis pelas maiorias parlamentares podem ser derrubadas pela legislatura mediante procedimento legislativo ordinário. Se, por outro lado, o executivo tem poder de veto, então o poder de decreto tanto delegado quanto constitucional implica que o executivo pode implementar as políticas por decreto e bloquear, na sequência, qualquer esforço para alterar a política que não tenha apoio legislativo suficiente para derrubar o veto (normalmente dois terços da assembleia). Claramente, a combinação de decretos presidenciais com veto dá aos presidentes a possibilidade de agir de forma contrária às preferências das maiorias parlamentares⁷³⁰.

⁷²⁷ HETSPER, Rafael Vargas. O poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 2012, a. 49, v. 193, p. 215-226, jan./mar. 2012, p. 223.

⁷²⁸ CASASANTA, Mário. *O poder do veto*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1937, p. 109.

⁷²⁹ DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no Processo Decisório: Avaliando Sucesso e Fracasso Presidencial. *Dados*, v. 48, n. 2, jun. 2005, p. 333-369. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 24jun.2018, p. 339.

⁷³⁰ CAREY, John M.; SHUGART, Matthew. Poder de decreto: Chamando os tanques ou usando a caneta? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 37, v. 13, p. 149-184, jun.1998.

Para efeito de cálculo político na sanção de medidas provisórias, o executivo considerava o veto como o fim do processo legislativo. Havia pouca disposição do Congresso Nacional reunir-se para avaliar vetos: em dez anos, foram cerca de quatro vetos votados e derrubados, entre eles aumento salarial para servidor público e uma emenda da bancada ruralista. Isso mudou com a decisão do STF em 2012 de que nenhum assunto poderia ser levado a plenário com vetos pendentes de análise, que terminou por estimular o Congresso a votar e, conseqüentemente, vetos começaram a ser derrubados⁷³¹. O Congresso chegou a estabelecer sessões mensais para análise de vetos, que passam a constituir ameaça constante ao governo⁷³².

Na quase totalidade do período analisado, o veto permaneceu com a etapa final do trâmite das medidas provisórias e, por isso, podem funcionar como referencial de cooperação e controle entre executivo e legislativo.

O veto pode (ii) sinalizar o exercício da função de controle decorrente da partilha do poder de legislar, indicando falhas no processo de cooperação em torno da legiferação de urgência e contraponto ao poder de emenda dos parlamentares. Para verificar tal possibilidade, são analisados a seguir os dados gerais sobre os vetos e sua motivação.

No universo das 709 MPs, 60% foi convertida com alteração (358), e dessas, 53 % sofreu veto parcial (191). Somando-se o veto integral ocorrido em 2002, são 192 projetos de lei de conversão com algum veto. Esse número é superior ao de sanções integrais, sem veto (167). Em mais da metade das situações, o presidente exercerá a prerrogativa de vetar algum dispositivo em projeto de lei de conversão de medida provisória.

Entre 2001 e 2006, somente uma MP foi editada e vetada pelo presidente: ocorre que foi editada por um, o presidente Fernando Henrique Cardoso no último mês de seu mandato,

⁷³¹ ENTREVISTADO 4, 2018. A decisão a que se faz referência foi tomada pelo min. Luiz Fux em dezembro de 2012 em meio à querela sobre os royalties do petróleo, quando o Congresso desejava analisar veto presidencial à alteração nas regras de repartição dos royalties entre estados produtores e não produtores aprovada pela Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Eram cerca de 3 mil vetos pendentes para os quais o ministro orientou a análise cronológica, posteriormente revista pelo plenário. O referido veto foi complementado pela presidente com novo normativo por meio da edição da MP 592/2012, que terminou por não ser votada e, o veto, derrubado. Cf. MS 31.816 MC-DF em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4345967>>

⁷³² BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 112.

dezembro de 2002, e vetada pelo presidente Lula, seu sucessor. Trata-se da MP nº 82, sobre a transferência da União para os Estados e o Distrito Federal de parte da malha rodoviária sob jurisdição federal. Todos os demais vetos em medidas provisórias são vetos parciais que abarcam um ou vários dispositivos do projeto de lei de conversão.

Entre as 592 MPs convertidas entre 2001 e 2015, 32% tiveram algum dispositivo vetado. Considerando apenas as MPs que foram à sanção, excluindo as que foram promulgadas diretamente porque não sofreram nenhuma alteração no Congresso, a proporção sobe para 53%. Esse número isolado pode ser interpretado como casos de não cooperação. Contudo, em se tratando de veto parcial, podemos falar também em cooperação parcial, dado que o governo obteve a conversão em lei da MP apresentada e ainda exerceu a prerrogativa presidencial de veto, o que permitiu ajustar a redação final à despeito das alterações realizadas por deputados e senadores.

O veto por interesse público é a principal justificativa. Ele engloba 32% dos casos e em 15% das ocorrências há incidência de interesse público e inconstitucionalidade. Apenas 6% das MPs sofrem veto por alguma inconstitucionalidade.

Tabela 14 – Incidência de veto segundo a motivação (2001-2015)

Ano	Inconstitu- cionalidade	Inconstitucionalidade e interesse público	Interesse público	Promulgação direta	Sanção integral	Total
2001	-	-	2	11	5	18
2002	1	1	6	48	11	67
2003	1	1	9	19	27	57
2004	4	8	7	20	27	66
2005	1	2	1	17	13	34
2006	2	4	7	39	8	60
2007	1	4	8	30	17	60
2008	5	4	11	9	6	35
2009	2	5	4	8	5	24
2010	1	2	10	9	8	30
2011	1	-	7	5	16	29
2012	-	5	14	7	12	38
2013	-	9	7	6	4	26
2014	-	3	5	4	3	15
2015	4	7	16	2	5	34
Total	23	55	114	234	167	593

O veto parcial é um recurso corrente do governo na sanção de PLV, especialmente os da temática econômica. Essa constatação é completamente compatível com a importância do tema para o governo, a complexidade dos assuntos regulados e a baixa probabilidade de reversão posterior. Ainda que a margem de atuação dos parlamentares seja mais restrita por conta das implicações orçamentárias, o emendamento é elevado e, conseqüentemente, também é o exercício do veto.

No geral, a incidência de vetos segue a proporção dos temas no conjunto das medidas provisórias editadas e reflete a capacidade de alteração do Congresso Nacional. Assim, as MPs de temática orçamentária, majoritariamente de crédito extraordinário e convertidas sem alteração, sofreram apenas três vetos no conjunto de 143 MPs convertidas. Na temática econômica, quase metade das leis de conversão sofreram vetos, lembrando que também é alta a taxa de alterações no texto: 112 vetos em 216 MPs convertidas, com apenas 68 sancionadas integralmente. A temática social é a única em que os índices são invertidos: há mais sanções integrais do que vetos: 32 contra 28, em conjunto de 72 medidas provisórias. Razões de inconstitucionalidade são mais frequentes em MPs de organização administrativa, enquanto o interesse público predomina nas MPs de caráter econômico-tributário, conforme tabela a seguir.

Tabela 15 – Contagem de vetos por macrotema, segundo a razão de veto parcial

Macrotema	Inconstitucionalidade	Inconstitucionalidade e interesse público	Interesse público	Sanção integral	Total vetos	Total MPs
Economia	6	34	75	68	115	216
Orçamento	1	-	2	16	3	143
Organização APF	9	13	15	36	37	116
Outros	-	1	4	8	5	27
Segurança pública	-	-	3	7	3	13
Social	7	7	14	32	28	72
Total	23	55	113	167	192	592

Os números apresentam apenas a ocorrência de veto a cada projeto de lei de conversão, não a quantidade de dispositivos vetados em cada um deles. Por vezes o veto abarca vários dispositivos de uma MP, e é motivado tanto por inconstitucionalidade quanto por interesse público. Em algumas situações, a leitura da mensagem de veto é insuficiente

para distinguir a motivação: há sobreposições de motivação. Para fins da análise aqui proposta, essa distinção minuciosa é dispensável, bastando o exame amplo, que destaca o interesse público como o fator principal.

Em resumo, os vetos incidentes são, na maior parte das ocorrências, baseados na prerrogativa discricionária do presidente da República de conveniência e oportunidade da norma. Portanto, de efeito político sobre os interesses que deixam de ser atendidos, constituindo ferramenta própria da fase final do trâmite legislativo. Os dados gerais não informam se a dinâmica é cooperativa ou não, o que só pode ser trabalhado com análise dos textos, que será feita a seguir.

3.4.2 A realidade dos vetos: dinâmica de cooperação e controle

As mensagens de veto constituem a base da análise sobre o uso do veto dentro da dinâmica de cooperação na legislação de urgência e sua efetividade ou não como instrumento de controle das modificações realizadas pelo Congresso.

O conjunto dos 192 vetos oferece panorama variado de situações para rejeição de alterações nos textos legais originários de medidas provisórias. Para ilustrar o uso do veto e identificar em que medida pode ser indicador de discordâncias entre executivo e legislativo, foram selecionados oito exemplos, todos justificados com base no interesse público.

Ainda que limitada, tal análise oferece indicativos de existência ou não de cooperação e controle mediante veto, a partir da comparação entre o texto original e o texto aprovado no Congresso. Primeiro, grande alteração no sentido original da MP e a inexistência de veto significa que foi gerado um novo equilíbrio para a regulação do tema, com acordo entre executivo e legislativo. Segundo, muitas alterações e muitos vetos podem significar o contrário: ação unilateral do governo. Ainda, há uma terceira possibilidade: o veto como estratégia de cooperação entre os dois órgãos.

Antes de proceder, cabe esclarecimento: não se pretende discutir o que vem a ser interesse público, ainda que este seja um debate igualmente necessário e relevante, mas sua dimensão foge do escopo da tese. O objetivo é apenas exemplificar como o veto com base no interesse público pode ser explicativo da dinâmica da relação havida entre os poderes executivo e legislativo, tendo em vista que ele possui dimensão intrinsecamente discricionária.

Os vetos aqui trabalhados foram escolhidos por representarem situações distintas: (i) alterações de conteúdo realizada pelo Congresso que mudam o sentido desejado pelo executivo; (ii) acréscimos com impacto nas contas públicas; (iii) acordo para tratar a questão em normativo posterior.

No bloco das (i) alterações de conteúdo realizada pelo Congresso que mudam o sentido desejado pelo executivo, o primeiro exemplo é o veto integral ao PLV nº 3, de 2003 (MP nº 82/02), que "Dispõe sobre a transferência da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de segmentos da malha rodoviária sob jurisdição federal, nos casos que especifica, e dá outras providências". Trata-se de situação *sui generis*, pois a MP foi editada ainda no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, em 7 de dezembro de 2002, e o PLV vetado por seu sucessor. Consequentemente, esta MP não foi convertida em lei e é a única ocorrência, até o final de 2015, de não conversão em lei decorrente de veto.

O objetivo da MP era transferir o domínio de algumas estradas de rodagem federais para os Estados, visto que estes já tinham ou estavam executando obras de manutenção e melhoria nessas vias sem o abrigo de convênio com a União ou fora das especificações estabelecidas em convênio existente. Sob a forma de descentralização, seriam transferidos o domínio de dezoito mil quilômetros da malha rodoviária federal, acompanhados do repasse de recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), limitado a R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) por quilômetro. Conforme exposto na Exposição de Motivos que encaminhou o texto da MP ao presidente da República, assinada pelos ministros da Fazenda e dos Transportes, a transferência seria avaliada caso a caso, condicionadas à:

(1) declaração pelo Estado ou pelo Distrito Federal de que todas as despesas realizadas em rodovias federais foram efetuadas por sua conta e ordem, não constituindo obrigação da União; (2) adimplência do Estado ou do Distrito Federal no que se refere ao pagamento de dívidas e demais obrigações financeiras para com a União; e (3) renúncia em juízo ao direito em que se funda eventual ação contra a União em que se pretenda ressarcimento ou indenização por despesas incorridas com rodovias federais⁷³³.

Quando a MP 82/2002 foi aprovada pelo Congresso Nacional, em abril de 2003, com novo texto, o novo presidente já havia sido empossado e, com ele, novo corpo de ministros.

⁷³³ Exposição de Motivos Interministerial nº 304-A MF/MT/AGU/CCIVIL. 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Exm/2002/304-A.htm>. Acesso em: 28ago.2016.

O Ministério da Fazenda manifestou que o PLV 3/2003, da MP 82/2002, contraria o interesse público ao acrescentar dispositivos que alteram a forma de cálculo da receita líquida dos municípios e, conseqüentemente, alteram a contabilização das dívidas, defendendo a manutenção do conceito de receita líquida real⁷³⁴.

Ocorre que a alteração realizada acrescentou ao principal dispositivo da MP 82/2002 texto estranho a seu objeto de tal maneira que sua redação afetava também o principal parâmetro de cálculo do valor a ser repassado pela União por quilômetro de rodovia descentralizado⁷³⁵. Dessa forma, o veto do dispositivo, necessário para evitar impacto amplo nas contas públicas, comprometia toda a MP 82/2002. Não se trata, portanto, de simples reversão de medida de governo anterior, e sim preocupação com equilíbrio fiscal.

O decreto legislativo para regular os atos praticados na vigência da MP 82/2002 não foi promulgado, embora tenha existido projeto apresentado pelo Senador Pedro Simon (PDL 377/2003), que propunha ajustes concretos nas relações jurídicas contraídas. Assim, as eventuais transferências realizadas sob a égide da MP foram convalidadas. O assunto voltaria à baila em 2015, quando a presidente Dilma Rousseff edita a MP 708/2015 autorizando a União a reincorporar trechos das rodovias federais que foram transferidos aos Estados por força da MP 82/2002. A MP 708 foi convertida na Lei nº 13.298, de 20 de junho de 2016, sancionada, sem vetos, pelo Vice-Presidente no exercício do cargo de Presidente da República durante o afastamento da presidente Dilma Rousseff.

Ou seja, a MP 82/2002 efetivamente transferiu trechos aos Estados, por força da manutenção dos seus efeitos mesmo vetada. E esses trechos transferidos foram reincorporados pela União com a MP 708/2015.

Mais um veto em alteração no texto original de medida provisória incidiu na Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, decorrente da conversão da MP nº 457/2009. A norma editada pelo presidente contava com apenas três artigos e dispunha sobre o parcelamento de débitos dos municípios originários de contribuições sociais devidas vencidas desde 31 de

⁷³⁴ BRASIL. *Mensagem nº 198, de 19 de maio de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/VETO_TOTAL/2003/Mv198-03.htm>. Acesso em: 28ago.2016.

⁷³⁵ BRASIL. *Mensagem nº 198, de 19 de maio de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/VETO_TOTAL/2003/Mv198-03.htm>. Acesso em: 28ago.2016.

janeiro de 2009, alterando a norma vigente que tratava do parcelamento dos mesmos débitos devidos até 30 de setembro de 2005. O PLV emendou o texto original e acrescentou alterações em normas correlatas e outras sem aderência temática.

Os dispositivos vetados, contudo, incidiram sobre alterações na redação originária do executivo, não nos jabutis. Dois estão diretamente relacionados: a alteração no § 2º do art. 96 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, com a redação dada pelo art. 1º do PLV, e o art. 10. O primeiro estabelecia a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) como índice de atualização dos débitos dos municípios e o segundo revogava, entre outros, o dispositivo vigente da Lei nº 11.196/2005 que determinava que tal correção se daria pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic). O veto ao uso da TJLP como índice de correção deu-se sob o argumento de que tal taxa constituiria nova desoneração fiscal, incompatível com o conjunto da proposta já bastante benéfica aos municípios e que poderia acarretar a desvalorização dos créditos públicos. O último incluiria art. 103-A na lei supra que obrigava o poder executivo a revisar a dívida previdenciária dos municípios. A razão apontada foi que o dispositivo desconsiderava a personalidade jurídica dos órgãos previdenciários e decisões judiciais, contrariando o interesse público e causando insegurança jurídica⁷³⁶.

O terceiro veto em alteração na proposta original atingiu o PLV de conversão da MP 213/2004, que instituiu o Programa Universidade para Todos (Prouni). O artigo vetado foi acrescentado no Congresso, prevendo que a comprovação de quitação de tributos e contribuições federais, necessária para a concessão de isenção tributária às mantenedoras de instituições de ensino prevista nos termos do art. 8º da MP, seria feita somente ao final do ano. Consultado, o Ministério da Fazenda opinou pelo veto pois a redação permitiria a adesão ao programa sem verificação prévia da elegibilidade⁷³⁷.

No mesmo dia da publicação da lei de conversão foi editada a MP 235/2005 dispondo exatamente sobre a forma de comprovação da quitação de tributos. Esta MP previa que a comprovação pudesse ser feita ao final do exercício, concedendo o prazo pleiteado de 31 de

⁷³⁶ BRASIL. *Mensagem nº 504, de 29 de junho de 2009*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Msg/VEP-504-09.htm>. Acesso em 31jan.2017.

⁷³⁷ BRASIL. *Mensagem nº 14, de 13 de janeiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0014-05.htm>. Acesso em: 30jan2017.

dezembro de 2005, mas dispunha expressamente que a adesão ao Prouni só poderia ser feita cumprindo os requisitos do art. 60 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, que condiciona a concessão de qualquer incentivo ou benefício fiscal à prévia comprovação da referida quitação, exceto no caso das adesões realizadas no ano corrente.

Embora o veto reverta alteração promovida pelo Congresso, o contexto precisa ser relativizado. A edição da MP no mesmo dia da sanção é um reconhecimento da necessidade de disciplinar o ponto inserido pela emenda do parlamento. A extensão de prazo, primeiramente vista como derrota do governo, tem impacto direto na capacidade de expansão do programa. Dadas as características do setor, o programa não poderia atingir grande número de beneficiários sem essa extensão de prazo para comprovação da quitação de tributos.

Curiosamente, tal prazo foi novamente alterado pelo Congresso mediante a inserção de dispositivo em projeto de lei de conversão de outra medida provisória, a MP 255/2005, passando para 2006, depois alterado pela MP 340/2006, que o adiou para 2007 nos casos das adesões realizadas até 2006, cujo PLV o adiou para 2008, mantendo a adesão em 2006. A prorrogação foi dada mais uma vez, agora até 2011, com inserção de dispositivo no PLV da MP 517/210, que dispunha sobre outro assunto.

O debate legislativo sobre o prazo para quitação dos tributos começou em 2005 e só se encerrou com a sanção do PLV referente à MP 559/2012, que originalmente dispunha sobre a aquisição de participação acionária pela Eletrobrás em outra empresa, mas teve acrescido no Congresso dispositivo que estendia, agora independente da data de adesão ao Prouni, o prazo para comprovação da quitação de tributos para 31 de dezembro de 2012.

Em resumo, havia tantos interesses envolvidos que somente um prazo amplo e irrestrito encerrou a discussão pelo parlamento já no governo Dilma Rousseff. O veto não foi suficiente para encerrar o debate e a medida foi revertida não pela derrubada do veto, mas por alterações sucessivas no dispositivo. Ao longo do tempo, seguiu-se uma queda de braço entre legislativo e executivo, transformando o momento original cooperativo em uma disputa de forças, com o Congresso revertendo a legislação a cada rodada. Trata-se de um bom

exemplo de como o poder de emitir MP, inclusive o veto, é esvaziado pela maioria parlamentar se esta discorda da medida.

O veto, que costuma ser o fim da linha para várias propostas, aqui torna-se o recomeço, que só se observa quando a nova proposta vem à tona. Ressalte-se ainda que a MP do Prouni substituiu projeto de lei sobre o programa e que o tema que já vinha sendo discutido na Câmara, inclusive com o PL e a MP incorporando elementos de propostas em trâmite, e recebendo várias emendas. A cada etapa de interação com os parlamentares houve ganho informacional para o governo, que favoreceu o andamento da matéria, daí a importância do veto nesse contexto⁷³⁸.

Mais um veto referente ao rol de benefícios de uma política pública afetou a Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, fruto da conversão da MP 413/2008, PLV 14/2008. Logo de início, percebe-se que a MP 413/2008 versava sobre mais de um assunto: hotelaria e turismo, alíquotas de importação, ampliação dos itens de isenção fiscal para as empresas que aderiram ao REIDI, vulgo PAC; alíquotas de contribuição PIS/Pasep e Cofins para veículos e embarcações novas destinadas ao transporte escolar rural adquiridos pela União, Estados, Municípios e pelo Distrito Federal; nova sistemática de incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins na produção e comercialização de álcool⁷³⁹.

O PLV foi aprovado com 42 artigos, mais que o dobro contido no texto original. Foram acrescidos outros temas e alteradas algumas disposições, inclusive modificações nas alíquotas devidas e permissões de apuração de créditos antes proibidos na versão enviada pelo executivo. Entre os temas acrescidos, têm-se: a) isenção de imposto de renda para pensões em decorrência de deficiência física; b) dedução da base de cálculo do imposto de renda dos valores pagos a título de pensão alimentícia, com possibilidade de declaração das despesas médicas e educacionais dos alimentandos; c) regras para apuração do imposto de renda de pessoa jurídica em tipos específicos de receita; d) redução de alíquotas da contribuição para

⁷³⁸ SILVA, Rafael Silveira e. *Construindo e gerenciando estrategicamente a agenda legislativa do executivo: o fenômeno da Apropriação*. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2013, p. 64. P. 212-214.

⁷³⁹ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 3 de 2008 MF*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Exm/EM-3-MF-MPV-413.htm>. Acesso em: 4set.2016.

o PIS/Pasep, Cofins, PIS/Pasep-Importação e Cofins-Importação em alguns setores; e) redução a zero de alíquotas de importação de partes e componentes de aeronaves, alguns materiais de emprego militar e de gás natural liquefeito; bem como da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno; f) regras pontuais sobre a apuração do imposto de renda pelo lucro real e aplicação de multas, no sentido de beneficiar setores específicos; g) regras de apuração de imposto e alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep, Cofins, PIS/Pasep-Importação, Cofins-Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI para o setor de água, refrigerantes e afins, criando regime especial para o setor.

É no item (g) que se encontra o único veto da lei, em que pese a abrangência maior que a MP ganhou e os benefícios tributários e fiscais concedidos não previstos no texto original. O veto incidiu sobre a obrigatoriedade de instalação de medidor de vazão como requisito prévio à adesão ao regime tributário diferenciado, com a justificativa de que condicionar a opção implicaria atraso no procedimento e poderia acarretar desequilíbrio concorrencial, o que contraria o interesse público⁷⁴⁰. É um veto que favorece o setor de água, refrigerantes e afins e vai no sentido de ampliar o grupo dos contemplados pela nova regra de apuração de impostos. Aqui, o executivo remove a restrição imposta pelo Congresso com o objetivo de conceder o benefício fiscal.

O último exemplo de veto em mudança no sentido da política pública desejada pelo executivo incidiu sobre o PLV de conversão da MP 422/2008, que na redação original continha apenas um artigo alterando a lei que trata da dimensão das áreas sujeitas à regularização fundiária de terras públicas com dispensa de autorização legislativa – inciso II do § 2º-B do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Passava-se de 500 hectares para 15 módulos fiscais, mantendo-se a licitação para áreas superiores a esse limite. Seu objetivo era: “aumentar a área rural da União, localizada na Amazônia Legal, passível de regularização, mediante a concessão de título de propriedade ou de direito real de uso, dispensada

⁷⁴⁰ BRASIL. *Mensagem nº 430, de 23 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-430-08.htm>. Acesso em: 11set.2016.

licitação”⁷⁴¹. O PLV nº 16/2008 acrescentou neste inciso o limite máximo de mil e quinhentos hectares, dado que o tamanho do módulo fiscal varia em cada município brasileiro.

Não obstante, o veto atingiu o outro inciso que acrescia uma condição de limitação às regras do Zoneamento Ecológico-Econômico. O argumento foi que a redação era ambígua, causando dúvida sobre a necessidade de existência do zoneamento antes de permitir a regularização fundiária, dado que o zoneamento cobria apenas 7,5% do território da Amazônia Legal, o que comprometeria o objetivo da lei⁷⁴². A alteração realizada pelo Congresso, se mantida, reduziria o rol de beneficiários da política pública.

A maioria dos vetos às alterações de conteúdo realizada pelo Congresso objetivou manter o texto do PLV mais próximo da versão contida na medida provisória, contornando as modificações realizadas. Foram, portanto, instrumento de controle e indicam falhas no processo de cooperação durante a elaboração do projeto de lei de conversão. No caso da ampliação dos benefícios para o setor de fabricação de água e refrigerantes, infere-se a concordância do executivo com as alterações de conteúdo, embora significasse ampliação de escopo.

No bloco dos vetos nos (ii) acréscimos com impacto nas contas públicas estão os vetos que funcionaram claramente como controle da ação em desalinhamento com o governo. A diferença para os vetos anteriores é que não só mudam o sentido original da medida, mas que a manutenção do texto aprovado implicaria perdas de arrecadação consideráveis.

Uma das medidas provisórias relacionadas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) foi acrescida de inúmeros dispositivos, 21 artigos na MP para 40 no PLV. Trata-se do PLV 13/2007, de conversão da MP 351/2007, que “cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI), reduz para vinte e quatro meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) decorrentes da aquisição de edificações, amplia

⁷⁴¹ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 21 de 2008 MDA*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EM-21-MDA-MPV-422-08.htm>. Acesso em: 11set.2016.

⁷⁴² BRASIL. *Mensagem nº 580, de 1º de agosto de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-580-08.htm>. Acesso em: 11set.2016.

o prazo para pagamento de impostos e contribuições e dá outras providências”. As inovações foram alterações em outras legislações, em temas diferentes, porém minimamente correlatos à matéria tributária. O veto abarcou quatro dispositivos: um que ampliava o rol de beneficiários; outro que tratava de declaração de inidoneidade; atividades consideradas receita rural; e alíquota de imposto.

O primeiro trecho vetado acrescentava parágrafo ao texto original do art. 2º para dispor que a habilitação ao programa de incentivo fiscal REIDI poderia ser estendida da pessoa jurídica que tenha projeto aprovado a seus fornecedores. Ampliava, assim, o escopo dos beneficiários do incentivo fiscal consignado em obras de infraestrutura nos setores de transportes, portos, energia e saneamento básico. A razão de veto alegada foi ferir os princípios da impessoalidade e eficiência ao transferir a ente privado a escolha de beneficiário de regime de incentivo fiscal⁷⁴³.

O segundo dispositivo vetado foi a alteração no art. 81 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 que “Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências”. A MP previa apenas a alteração no art. 33 da referida lei, sobre regime especial de fiscalização e cumprimento de obrigações a ser estabelecido pela Receita Federal, por meio do art. 15 da MP. O texto do PLV 13/2007 acrescia nova redação ao art. 81, que determina a regra de declaração de pessoa jurídica inapta pela Receita Federal. Pelo texto proposto, deixaria de existir a possibilidade de declarar inapta a empresa que deixasse de apresentar a declaração anual do imposto de renda.

O terceiro item vetado acrescentava artigo 13-A à Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990, para ampliar o rol de itens considerados como receita de atividade rural, incluindo o arrendamento. Nesse caso, o veto justificou-se por potencial desequilíbrio econômico e justiça tributária, pois o arrendatário é quem é o produtor e assume os riscos inerentes à

⁷⁴³ BRASIL. *Mensagem nº 376, de 15 de junho de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-376-07.htm>. Acesso em 28ago.2016.

atividade, o que justifica o tratamento diferenciado e favorecido para este, enquanto o arrendante recebe receita semelhante ao aluguel⁷⁴⁴.

O quarto artigo vetado no PLV 13/2007 foi mais um acréscimo do Congresso Nacional que reduzia a zero a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) “incidente na importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, transmissores, instrumentos, suas partes ou componentes e peças de reposição, novos, para incorporação ao ativo imobilizado, sem similar nacional, efetuada por empresa de radiodifusão sonora ou de sons e imagens, necessários para a transição de suas operações da plataforma de tecnologia analógica para a digital, durante o prazo de cinco anos”. A razão de veto baseou-se na inocuidade do disposto, uma vez que o executivo tem a prerrogativa constitucional de majorar ou reduzir a alíquota do IPI sem a necessidade de aprovação de lei. Efetivamente, o governo recusou a redução da alíquota naquele momento.

Esse conjunto de vetos teve por objetivo preservar a própria esfera de atuação do executivo na redução de alíquotas tributárias e regras de enquadramento de contribuintes, anulando a benevolência do legislativo com os contribuintes. À exceção do primeiro dispositivo, os outros dois possuíam impacto arrecadatário, argumento que não foi utilizado. Não majoravam despesas diretamente, o que seria ultrapassar a competência de alteração do texto original. Indiretamente, contudo, causariam esse efeito ao reduzir a receita prevista no orçamento. O veto foi, portanto, reação à ausência de cooperação do legislativo e exercido como mecanismo de controle do executivo na preservação do equilíbrio tributário visando preservar as contas do governo federal evitando ampliação de renúncia fiscal.

Outro veto de contenção da generosidade parlamentar deu-se no PLV 26/2006, referente à MP 321/2006, de medidas de indexação da economia no âmbito dos financiamentos imobiliários realizados pelo Sistema Financeiro da Habitação. O objetivo do provimento foi estimular a realização de contratos com taxas pré-fixadas e estabelecer, no caso de taxas pós-fixadas, o uso da taxa máxima das operações do SFH “acrescida de

⁷⁴⁴ BRASIL. *Mensagem nº 376, de 15 de junho de 2007.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-376-07.htm Acesso em 28 ago.2016.

percentual equivalente à TR anualizada, conforme critérios a serem definidos pelo Conselho Monetário Nacional”⁷⁴⁵.

O veto incidiu sobre dois dispositivos do tipo jabuti. O primeiro, art. 2º, tratava da antecipação de pagamento de débitos para as empresas inscritas no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) e no Parcelamento Especial (PAES). O objetivo era aplicar taxa de desconto para antecipação do pagamento das parcelas. Pela redação, o tesouro – a sociedade, nos termos da mensagem de veto –, seria lesado em detrimento de poucos beneficiários, o que constituiria subordinação do interesse público ao privado⁷⁴⁶.

O segundo dispositivo vetado, parágrafo único do art. 5º, o foi pela mesma razão: renúncia de receita e afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal. No caso, inexistência de previsão orçamentária para compensar a prorrogação, por mais dez anos, do prazo da não-incidência do adicional de frete para renovação da marinha mercante⁷⁴⁷.

No bloco dos vetos como (iii) acordo para tratar a questão em normativo posterior estão as situações que ilustram o uso da prerrogativa presidencial como parte do processo legislativo cooperativo. Aqui o veto não visa corrigir alguma distorção nem evitar impacto nas contas públicas, mas sim permitir a aprovação da MP no prazo constitucional e lançar uma nova rodada de debate legislativo.

É o caso do veto sobre o § 2º do art. 44 do PLV 25/2004, originário na MP 164/2004, que "Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências". Originalmente com 27 artigos, foi acrescida de outros 26, que alteravam outras normas de cunho tributário, ampliando o número de setores alcançados com mudanças na tributação. O PLV teve duas

⁷⁴⁵ BRASIL. *Exposição de Motivos nº 101 MF, de 12 de setembro de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Exm/EM-101-MF.htm>. Acesso em: 31jan.2017.

⁷⁴⁶ BRASIL. *Mensagem nº 1.177, de 28 de dezembro de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1177-06.htm>. Acesso em: 31jan.2017.

⁷⁴⁷ BRASIL. *Mensagem nº 1.177, de 28 de dezembro de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1177-06.htm>. Acesso em: 31jan.2017.

versões, uma aprovada da Câmara, que sofreu alterações no Senado e voltou à Câmara para segunda leitura, quando foi aprovado com novos ajustes, pois a oposição questionava o aumento da carga tributária⁷⁴⁸.

Não obstante as amplas alterações ocorridas, o veto concentrou-se no dispositivo que reduzia a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes na importação e na comercialização, no mercado interno, de fertilizantes e de defensivos agropecuários, não acompanhado da extinção do crédito presumido associado. Tal como descrito, implicaria perda anual de arrecadação de cerca de 2 bilhões de reais, segundo estimativa do Ministério da Fazenda⁷⁴⁹.

Durante a votação no Senado, o líder do governo, sen. Aloizio Mercadante (PT-SP), destacou o processo de negociação em torno das modificações trazidas pelo PLV e o relator, sen. Romero Jucá (PMDB-RR), fez questão de registrar no discurso em plenário as alterações promovidas em decorrência das conversas ocorridas⁷⁵⁰.

No retorno à Câmara, o prof. Luizinho (PT-SP) comunicou que havia sido fechado acordo com as lideranças, inclusive da oposição, para se retomar o texto da Câmara no ponto do agronegócio e o governo, na hora da sanção, teria o veto e promoveria alterações com edição de nova medida provisória⁷⁵¹. O que foi feito com a publicação da MP nº 183 em 30 de abril de 2004, editada no mesmo dia da sanção do PLV da MP 164.

O veto torna-se recurso de reorientação da discussão nos termos propostos pelo governo e acordados com o Congresso⁷⁵². Ele não é um marcador preciso de falhas no

⁷⁴⁸ Cf. <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/67533>.

⁷⁴⁹ BRASIL. *Mensagem nº 201, de 30 de abril de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Msg/Vep/VEP-201-04.htm>. Acesso em: 31jan.2017.

⁷⁵⁰ BRASIL. *Diário do Senado Federal*, 29 de abril de 2004, p. 11452.

⁷⁵¹ Notas Taquigráficas da Sessão Ordinária 070.2.52.O de 29 de abril de 2004, p. 720. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/plenario/notas/ordinari/2004/4/V290404.pdf>>. Acesso em: 12maio.2019.

⁷⁵² SILVA, Rafael Silveira e. *Construindo e gerenciando estrategicamente a agenda legislativa do executivo: o fenômeno da Apropriação*. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, 2013, p. 208.

processo de conversão da medida provisória pois, muitas vezes é negociado visando a aprovação da matéria⁷⁵³.

Esse veto, diferente dos demais, possui contornos de ação cooperativa entre os poderes. Todas as alterações significativas e que tratavam do real conteúdo foram preservadas e o item vetado claramente possuía um impacto orçamentário conhecido desde a sua inserção no PLV, mas que foi retomado com redação considerada mais adequada pelo executivo em nova MP.

Tal situação se repete no PLV nº 3/2015, de conversão da MP 665/14, que alterava regras do Programa Seguro-Desemprego. Foram dois dispositivos suspensos, mas é a justificativa sobre um deles que chama a atenção. Trata-se do veto sobre a alteração no critério de elegibilidade para recebimento do abono salarial anual, disposto no texto original da MP como ao menos 180 dias de atividade remunerada e alterado no PLV para 90 dias (inciso I do art. 9º da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990). A razão, baseada no interesse público expressa na mensagem presidencial seria que o veto faria parte de “acordo realizado durante a tramitação da medida no Senado Federal, o que deixará a questão para ser analisada pelo Fórum de Debates sobre Políticas de Emprego, Trabalho e Renda e de Previdência Social, criado pelo Decreto nº 8.443, de 30 de abril de 2015”⁷⁵⁴.

Sem meias palavras, o governo proferiu o veto em respeito às tratativas realizadas com os senadores, sendo, portanto, uma ação cooperativa e coordenada entre os dois poderes, previamente anunciada, e não uma reação à modificação indesejada.

No conjunto de projetos de conversão das medidas provisórias, verificou-se que todos os vetos observados recaíram sobre modificações do Congresso Nacional ao texto original. Contudo, nesses mesmos projetos, nem todas as modificações parlamentares foram vetadas. Isso denota que a dinâmica da relação entre os poderes tende mais à cooperação do que ao antagonismo. Fossem vetados todos os dispositivos acrescentados pelos parlamentares,

⁷⁵³ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁷⁵⁴ BRASIL. Mensagem nº 212, de 16 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-212.htm>. Acesso em: 12 maio 2019.

estar-se-ia diante de uma situação de clara preponderância do executivo. Não parece ser o caso.

Nos exemplos trazidos, os vetos atingiram acréscimos pontuais, que parecem afetar questões específicas e operacionais das políticas públicas em causa, ou onerariam os cofres governamentais de maneira não prevista, não comprometendo o conteúdo geral da norma. Nesse sentido, podem ser perfeitamente abarcados pelo conceito subjetivo de interesse público e entendidos como acessórios à dinâmica de cooperação e elemento efetivo de contrapeso ao direito de emenda dos parlamentares.

Incidentalmente observou-se que a grande maioria das alterações que implicaram acréscimo de dispositivos ao texto original foi mantida. Destaca-se o caso das duas MPs que foram enviadas, uma com 21 artigos e a outra 19, e passaram, nos respectivos PLVs, a 40 e 42 artigos. A primeira, MP 351/2007, que versava sobre o PAC, teve quatro vetos: apenas um deles tratava de ampliar os beneficiários do regime de incentivo fiscal criado. A segunda, MP 413/2008, apesar da ampliação dos benefícios fiscais e tributários realizados pelo Congresso Nacional via acréscimo de dispositivos, teve apenas um veto que atingiu dispositivo que previa a instalação de dispositivo para medição de vazão pelos fabricantes de bebidas não-alcólicas. Ou seja, foi um veto em item que afetava negativamente o contribuinte, não a administração pública.

A ausência de veto mesmo diante de modificações extensas corrobora o achado anterior de que emendas são negociadas e realizadas com o acordo do governo.

Há outro elemento que pode inibir o governo no uso do veto: ele tem custos políticos pois contraria os setores que se beneficiam com o dispositivo vetado⁷⁵⁵.

Além disso, em alguns casos, o veto, ainda que não revertido, não encerrou a discussão legislativa. Outros projetos de lei, ou outras medidas provisórias voltam a abordar a matéria sempre que o consenso gerado se mostrou frágil ou circunstancial. A estabilização precisa ser avaliada no decorrer dos anos imediatamente seguintes, o que permite identificar de forma

⁷⁵⁵ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 82.

mais precisa a existência ou não de cooperação entre os poderes. Ainda assim, as reviravoltas ocorreram em favor da posição do legislativo, não do executivo.

No geral, os vetos incidiram sobre dispositivos que: o governo não julgou pertinentes ao desenvolvimento dos programas e políticas em questão; e alteravam completamente ou ampliavam a incidência do texto original proposto. Ao mesmo tempo, dispositivos com as mesmas consequências de ampliação vetadas em algumas ocasiões foram preservados em outras. Diante de tais discrepâncias, o uso no veto parcial em PLVs não é um bom indicador da ausência de cooperação ou de controle do governo sobre o parlamento. Ele foi usado, inclusive, em decorrência de acordo com o Congresso.

Conclusão do capítulo

A aprovação de 83% das medidas provisórias, o conteúdo por elas veiculado e a elevada participação do Congresso via emendas indicam que elas funcionam tanto para o executivo como para o legislativo como instrumento de partilha da função de legislar e controle sobre o conteúdo normativo. Para o governo, são veículo para acelerar a implementação da sua agenda em ambiente pluripartidário no qual poucas ferramentas constitucionais estão disponíveis para coordenar a ação do legislativo. Para o parlamento, os projetos de lei de conversão são catalizadores da atividade legislativa e funcionam como oportunidade de aperfeiçoar a proposta original para inserir a agenda dos próprios congressistas.

As regras constitucionais sobre edição e trâmite de medidas provisórias não favorecem, inerentemente, o executivo. A força de imposição normativa das medidas provisórias foi reduzida ao longo dos anos: primeiro, com o fim da reedição; segundo, com o fim do relatório em plenário; terceiro, com o alongamento do procedimento na comissão mista. Essas três modificações propiciaram a transformação da medida provisória em instrumento de compartilhamento da função de legislar, com o Congresso aumentando gradualmente sua participação e controle exercido sobre o governo. Até mesmo o sobrestamento da pauta, tido como favorável ao executivo, foi sendo minimizado. Embora

continue a ser uma boa forma para induzir a cooperação, ele só funciona se houver acordo mínimo sobre o conteúdo a ser aprovado. Sem ele, a MP cai por decurso de prazo.

Se pela letra constitucional a função da medida provisória é apenas de legiferação de urgência em situações pontuais, na prática ela se tornou elemento de compartilhamento da função de legislar.

A manifestação posterior do Congresso preserva a função de controle exercida pelo legislativo. As aprovações sem alterações, meras referendas das medidas emanadas pelo presidente, concentram-se em questões sem conteúdo normativo, como o crédito extraordinário, e nas quais o poder de emenda de deputados e senadores é cerceado pela própria constituição. No geral, o processo de análise e conversão favorece o controle pelo parlamento do conteúdo veiculado por meio da legiferação de urgência, seja para modificá-lo, seja para rejeitá-lo.

Nas ocasiões em que é possível modificar, acrescentar, rever as propostas contidas no texto original, o parlamento faz amplo uso das suas prerrogativas. Nesta fase do trâmite legislativo, o debate é intenso e o governo conta apenas com a articulação política e a cooperação da base aliada para conter alterações que comprometam o conteúdo pretendido. Sua eficácia imediata não inibe alterações: uma vez editada, a MP ganha vida própria no Congresso e exige esforço para manter o texto original.

As alterações são comuns e afetam 62% das medidas provisórias convertidas em lei. A deliberação transforma a proposta original do governo, denota participação ativa do legislativo na regulação da matéria e, conseqüentemente, implica negociação e cooperação interinstitucional para sua aprovação. Como projeto de lei *sui generis*, a medida provisória atrai as propostas afins dos parlamentares que não encontravam espaço no trâmite regular e aquelas que embarcam de carona, do interesse do executivo ou do legislativo. Para os objetivos desta tese, os exemplos selecionados já apontam o sentido da construção compartilhada e, certamente, o estudo das alterações pode ser aprofundado com a ampliação da análise comparativa entre o texto original da MP e o texto aprovado no PLV.

Quando o Congresso rejeita ou deixa de votar medida provisória, a negociação também está presente. Ainda que a oposição consiga, em poucas ocasiões, obstruir a votação

e impedir a conversão em lei, poucas vezes o governo foi surpreendido com a rejeição. Geralmente, o resultado é esperado e fruto de acordo com senadores ou deputados. O controle negativo também é dialogado, sendo a rejeição ou perda de eficácia inócua em certos casos. Se a matéria é relevante, ela será retomada posteriormente em outro instrumento legislativo, até mesmo como emenda em projeto de lei de conversão de outra medida provisória.

A sanção coroa o processo negocial iniciado com o provimento provisório, comportando elevado grau de aceitação das modificações realizadas pelo Congresso.

O veto, quando ocorre, reveste-se de uma de duas funções: a clássica, de contenção de alterações realizadas; e a moderna, de contrapartida. Por vezes, veta-se para cumprir acordo com o parlamento e permitir criar outro consenso legislativo.

A legiferação de urgência une efetivamente a produção legislativa parlamentar com a governamental e evidencia a parceria na função de legislar, a concorrência dos dois órgãos para a integração definitiva no ordenamento jurídico. Ela preserva as dimensões de estatuir e impedir por instâncias distintas.

O governo permanece como desencadeador do processo, mas é muito mais exigido durante o trâmite. Com o grau de alteração realizado pelo parlamento, o governo deve estar atento para as modificações que podem ocorrer em suas propostas, pois a vigência imediata não inibe o debate no Congresso. Mesmo o prazo exíguo para apresentação de emendas não tem se mostrado empecilho para o volume de proposições em várias ocasiões. A medida provisória deixou de ser uma simples manifestação de poder de decreto e se tornou um processo legislativo à parte, que se substitui ao pedido de urgência a um projeto de lei ordinária. Para o governo, isso significa que depois de pactuar o texto internamente, uma vez publicado, uma nova fronteira de atuação se abre, em uma arena política na qual é o Congresso que detém as ferramentas para modificação e aprovação. Tal inflexão deve servir de alerta ao executivo: a medida provisória exige a gestão da coalizão parlamentar, tal como um projeto de lei. Suas vantagens concentram-se na celeridade do trâmite e eficácia imediata que, dependendo da matéria, pode nem se observar. E mais: a multiplicidade de medidas

tende a prejudicar o governo diante do desafio de gestão simultânea de várias comissões mistas temporárias.

O processo legislativo de conversão da medida provisória constitui exemplo de que as fronteiras entre executivo e legislativo estão diluídas mesmo no presidencialismo. A realidade do governo contemporâneo é o controle do parlamento como contrapeso à concentração de iniciativa legal nas mãos no presidente da República, com ambos colaborando, compartilhando a função de legislar. No que este controle político falhar, deve haver espaço para o controle jurisdicional.

CAPÍTULO 4 O TERCEIRO ELEMENTO DA BALANÇA: A MEDIDA PROVISÓRIA SOB A ÓTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O judiciário vem completar a balança de poderes como órgão regulador da função legislativa, instado a se manifestar sobre a adequação constitucional de seu exercício pelo governo e pelo parlamento. No compartilhamento da elaboração normativa entre executivo e legislativo, o judiciário intervém para regular disputas com o objetivo de zelar pelo equilíbrio entre eles. Atua como órgão de controle não somente da legislação, mas, sobretudo, das práticas institucionais para elaboração da legislação de forma a preservar, precisamente, a balança, o equilíbrio e a conjunção de ações em ambiente democrático. Ao fazê-lo, modifica a relação de forças entre os dois órgãos. Assim, tem-se um órgão a priori jurisdicional interferindo nos órgãos políticos para eventual revisão das ações anteriores, o que condicionará ações futuras.

A doutrina clássica da separação de poderes não apresenta o judiciário como terceiro poder, visto que trata apenas da função. Em geral, quando há previsão constitucional para uma instância jurisdicional superior, seu papel na guarda da constituição é associado claramente à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Uma vez que a organização do sistema político faz parte das regras materialmente constitucionais, uma corte suprema também enfrentará o controle judicial das relações entre os órgãos políticos. Ele emerge justamente como instância de exercício da faculdade de impedir, não de estatuir.

O acionamento da jurisdição constitucional perpassa os aspectos jurídicos e combina questões políticas na ação do tribunal constitucional. No âmbito jurídico, cuida da guarda dos dispositivos constitucionais e da confirmação, ou negação, do descumprimento dessas regras. No aspecto político, atua incidentalmente como última instância de disputas políticas em torno de certas propostas que já foram perdidas no legislativo ou lá encontram resistência. No Brasil, a extensão do regramento constitucional sobre a medida provisória operada com a EC 32 tem por consequência oferecer mais espaço para eventual corretivo judicial.

Não faz parte do escopo desta tese avaliar a ascensão do judiciário como um intérprete que cria direito e, conseqüentemente, inova no ordenamento jurídico, assumindo funções de legislador. Nosso foco é na sua atuação como controle dos demais, embora tal atuação possa

ensejar, eventualmente, inovação na interpretação constitucional. Controle esse exercido horizontalmente em relação ao executivo e ao legislativo.

O tipo de controle exercido pelos tribunais é um controle interórgãos face aos demais detentores de poder e que se manifesta em: direito de supervisionar e comprovar a concordância das ações do poder executivo com sua base legal, i. e., jurisdição administrativa; competência para o controle de constitucionalidade das leis emitidas pelo governo e parlamento; e, em alguns modelos, a arbitragem sobre conflitos que se podem produzir no exercício das funções dos demais detentores de poder⁷⁵⁶.

O controle de constitucionalidade possui uma dimensão ampla de controle da relação entre executivo e legislativo quanto à partilha de poderes e uma dimensão específica fruto da situação que engendra tal controle. O deslocamento da função legislativa para o governo é acompanhado pela (4.1) ascensão do judiciário como contrapeso na balança de poderes.

No exercício da faculdade de emitir medidas provisórias, argumenta-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal muda a relação de forças entre executivo e legislativo afetando o equilíbrio do compartilhamento da função legislativa. Três momentos se destacam no controle de constitucionalidade da legislação de urgência e constituem marcos jurisprudenciais dessas mudanças: (4.2) o reconhecimento da faculdade precípua do executivo apreciar a relevância e a urgência para o ato, sem prejuízo da eventual revisão judicial; (4.3) a obrigatoriedade de análise pela comissão mista de deputados e senadores durante o trâmite legislativo; e (4.4) a decretação da inconstitucionalidade da incorporação, no projeto de lei de conversão, de emendas ao texto em temáticas dissonantes ao conteúdo original da medida provisória.

Na análise das decisões, ressalva-se, o objetivo é avaliar o impacto que possuem no equilíbrio entre executivo e legislativo, as consequências para o exercício da função de legislar via medidas provisórias, e não as minúcias dos argumentos jurídicos que embasaram a decisão. Isso se faz necessário para manter o foco do trabalho, pois a análise pormenorizada fugiria ao escopo deste trabalho. **O judiciário como contrapeso na balança de poderes**

⁷⁵⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 305.

O judiciário torna-se órgão de controle sobre as autoridades legislativa e executiva ao longo da evolução do constitucionalismo. Ele o faz em (4.1.1) processo gradual de autoafirmação, completado com arcabouço constitucional que o confirma. Aqui, trata-se sobretudo de atuação como fiel da balança, como intérprete da distribuição de poder político consagrada na constituição. Nesse papel, o que está em jogo são as relações de poder, conforme traduzidas juridicamente, não a proteção de direitos e garantias fundamentais, outra parte do trabalho do juiz constitucional. Trata-se da intervenção do juiz nas (4.1.2) relações entre a maioria e a minoria legislativa, e nas (4.1.3) relações institucionais entre governo e parlamento.

De início, a teoria da separação de poderes não incluía o judiciário no mesmo patamar de importância que os demais poderes. Para Montesquieu, era apenas parcela da autoridade executiva. Na constituição americana, não aparece como autoridade responsável pela guarda da constituição. Na França, a relação é ainda mais circunscrita: a carta de 1958, em sua redação original, não considera o controle de constitucionalidade a posteriori, com evolução crescente pela via jurisdicional e consagração textual somente com a revisão realizada em 2008. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é consagrado pela Constituição de 1988 como seu guardião e vários são os atores, políticos e institucionais, competentes para ativar o controle de constitucionalidade.

O acionamento da corte constitucional para regular as relações entre atores políticos pode significar o prolongamento de um embate em torno de políticas públicas ou um embate maior que contesta o procedimento que leva a uma decisão, encerrando em si, de maneira dissimulada ou não, uma discordância em torno de uma política. Nos dois casos, o pronunciamento da corte implicará manifestação em prol da minoria ou da maioria, ainda que calcada em aspectos meramente jurídicos.

Certas decisões, contudo, podem extrapolar a característica de terceiro round da arena política e impactarem as regras que emolduram o jogo político. Nessa situação, é o equilíbrio entre os atores, entre executivo e legislativo, governo e parlamento que é afetado. Funcionam, portanto, como recalibragem da balança de poderes.

4.1.1 *A gradual autoafirmação do judiciário na balança de poderes*

Originalmente desconsiderado pela doutrina clássica da separação de poderes, o judiciário afirma por conta própria, em construção jurisprudencial, seu papel de regulador da relação entre executivo e legislativo e, portanto, de ator na balança de poderes. Ele vem para exercer a faculdade de impedir face aos demais, resguardando e ressignificando as regras do sistema político estabelecidas constitucionalmente. Ao fazê-lo, passa a integrar o sistema de freios e contrapesos, manifestando-se juridicamente e politicamente.

Sua participação na balança de poderes deve ser compreendida considerando: (i) o contexto de transformação das relações executivo e legislativo e o significado que assume o controle pelo judiciário e (ii) o caráter jurídico-político do controle de constitucionalidade, que culminará na intervenção junto aos órgãos políticos. Consequentemente, (iii) o controle será acionado sobre o exercício da função de legislar pelo governo.

Primeiramente, no (i) contexto de transformação das relações executivo e legislativo, a presença do judiciário como ente capaz de regular a relação entre os poderes políticos é uma construção jurisprudencial das próprias cortes constitucionais diante dos embates criados pelos demais órgãos. Seja nos Estados Unidos, França ou Brasil, cada corte irá formatando o controle que realiza. Conceitualmente, a visão de separação de poderes ajuda a justificar a ascensão do judiciário como ente de controle, mas é a noção de balança de poderes que melhor traduz o significado de sua participação na função de legislar.

O deslocamento da função de legislar das assembleias para o órgão executivo, seja ele um presidente eleito, um gabinete parlamentar ou a dupla presidente e primeiro-ministro, torna a atuação da instância de controle jurisdicional mais relevante. E isso não apenas como ator contramajoritário, discussão que extrapola o escopo desta tese, mas especialmente como contrapeso a dois órgãos políticos que alternam momentos de disputa e cooperação.

Diante da íntima relação entre os órgãos juridicamente independentes que compartilham a função de legislar, a dinâmica da balança de poderes alça o judiciário à qualidade de igual entre os outros dois. O mesmo movimento histórico que opera a síntese e a colaboração entre executivo e legislativo por meio do exercício da função governamental, preserva o judiciário à parte, fortalecendo-se enquanto instância de controle. Seu papel é de

exercer contrapeso a ambos, com uma missão bastante específica: zelar pelo pacto constitucional da organização político-estatal e dos direitos e garantias dos cidadãos.

É nos Estados Unidos que surge o controle de constitucionalidade das leis, o *judicial review*, com o famoso caso Marbury vs Madison. A constituição norte-americana, em seu art. 3º, trata do poder judiciário e estabelece a jurisdição da Suprema Corte como originária para casos envolvendo embaixadores, ministros, cônsules e os que envolvam um ente federado, e como instância de apelação. Não há, portanto, previsão expressa para declaração de inconstitucionalidade das leis.

O caso Marbury vs Madison, julgado em 1803, trata de demanda do requerente Marbury, nomeado juiz de paz do distrito de Washington, contra o Secretário de Estado James Madison, que teve seu processo de nomeação interrompido com o não recebimento da carta de nomeação mesmo após o cumprimento das etapas legais – indicação, aprovação pelo Senado, assinatura do ato de nomeação e aposição do selo dos Estados Unidos neste ato. O pleito era, portanto, por uma ordem da Corte para que o Secretário Madison completasse o rito de posse no cargo pelo Sr. Marbury. Uma das questões de fundo era se a Corte poderia emitir tal ordem. A previsão era expressa na lei, mas a decisão proferida pelo juiz Marshall, presidente da Corte à época, foi de que, embora Marbury tendo direito ao cargo, a Corte não poderia emitir a ordem, pois sua jurisdição é apenas em casos de apelação, conforme definido constitucionalmente. Assim, a lei que estabeleceu a possibilidade de emissão do mandado judicial e poderia servir de base para o ganho da causa foi declarada inconstitucional⁷⁵⁷.

Além de estabelecer a primeira declaração de inconstitucionalidade de uma lei, o caso Marbury é importante para a sobrevivência do próprio judiciário, pois a decisão de Marshall tratava, principalmente, da jurisdição da corte sobre a demanda de Marbury⁷⁵⁸. O contexto político explica: tratava-se de situação em que a própria corte havia sido privada de se reunir por força de lei aprovada pelo Congresso, o que aumenta os riscos de uma decisão contra o

⁷⁵⁷ Marbury vs. Madison, 5 U.S. 137, Supreme Court U.S. February 23, 1803, Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em: 26nov.2018.

⁷⁵⁸ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York : Oxford University Press, 2014, p. 359- 62.

governo⁷⁵⁹. Assim, foi reconhecido o direito à posse no cargo, mas negado provimento por incompetência da corte, incompetência definida pelo julgamento, no mesmo processo, de inconstitucionalidade da lei que respaldaria o provimento.

Portanto, é primeiro como uma decisão pontual de inconstitucionalidade ligada a caso concreto, em uma disputa entre o executivo e um cidadão, e depois com a evolução jurisprudencial em novos casos, que se estabelece o controle de constitucionalidade das leis e, a partir daí dos atos que interferem na partilha de competências entre executivo e legislativo. Esta é uma dimensão importante da atuação do judiciário: junto com o controle de constitucionalidade vem o controle da atuação dos órgãos políticos.

É justamente essa dimensão do controle sobre o legislador que torna distinta a trajetória da justiça constitucional na França. A tradição dos Estados Unidos era favorável ao controle e na França, contrária, tendo em vista a soberania do legislativo e a desconfiança em relação ao controle dos tribunais desde a Revolução Francesa⁷⁶⁰. Nas constituições francesas anteriores a 1958, o controle jurisdicional da legislação era tradicionalmente descartado, o que dava ao legislador posição predominante⁷⁶¹. É apenas na V República que os atos legais passam a ser efetivamente controlados em modelo próprio do país.

São duas vontades contraditórias que estão na base da criação do Conselho Constitucional: limitar a hegemonia do parlamento e evitar a instalação verdadeira de uma jurisdição constitucional, isto é, o controle de constitucionalidade das leis, contrária à tradição política francesa⁷⁶².

Na França, o modelo estabelecido de início foi o do controle a priori, por demanda, que assume caráter consultivo, visto que analisa projeto de lei ainda não sancionado. Dessa forma, o Conselho Constitucional não se manifesta ainda sobre uma lei e a declaração é de

⁷⁵⁹ CHAGNOLLAUD, Dominique. *Droit constitutionnel contemporain*. 4ª ed. Tomo I. Paris: Armand Colin, 2005, p. 355-356.

⁷⁶⁰ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 113.

⁷⁶¹ GUARNIERI, Carlo. La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 287-320; p. 291.

⁷⁶² ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 32-33.

não conformidade, a lei não pode ser promulgada com uma disposição inconstitucional (CFr, art. 62). A situação pode ser resolvida tanto com nova deliberação do texto quanto com a simples remoção das partes consideradas não conformes.

A evolução jurisprudencial francesa toma rumo de maior interferência nos anos 1970, culminando em revisões constitucionais que ampliam a capacidade de recurso da minoria e as competências do Conselho Constitucional para exercício de controle a posteriori. Na relação entre governo e parlamento, contudo, o Conselho já era o árbitro definido constitucionalmente.

O âmbito de intervenção do Conselho foi definido originalmente tendo em vista resguardar o equilíbrio entre os poderes. No arranjo constitucional anterior, parlamentarista, a preponderância da Assembleia era evidente, o que acarretou dificuldades para o executivo. Assim, um dos objetivos quando da elaboração da Constituição de 1958 era dotar o governo de mais autonomia e poder decisório.

O Conselho Constitucional foi concebido originalmente dentro de um quadro de empoderamento como tutor do parlamento, regulador dos poderes, com a missão de zelar pelo espaço de ação e autonomia do governo⁷⁶³. Inicialmente pouco favorecido pela constituição, o Conselho conseguiu uma importante mutação que o transformou em indispensável interlocutor dos outros poderes públicos, especialmente o executivo, evolução feita com base na jurisprudência⁷⁶⁴.

O marco da mudança de postura é estabelecido com a Decisão 71-44 DC de 16 julho de 1971, sobre liberdade de associação, em que o Conselho impõe limites materiais à lei com base em direitos fundamentais não expressamente descritos na Constituição de 1958⁷⁶⁵. Precisamente, afirma a existência de princípios fundamentais da República francesa, a

⁷⁶³ ROUSSEAU, Dominique ; GAHDOUN, Pierre-Yves ; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11^a ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p. 37.

⁷⁶⁴ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris : LGDL, 2000, p. 145.

⁷⁶⁵ GEORGITSI, Evangelia. La spécificité de la V^e République et les classifications: une opposition fausse. *Revue française de droit constitutionnel*, v. 3, n. 83, p. 543-564, 2010. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-3.htm-page-543.htm>>. Acesso em: 06mar.2019; BOYER-MÉRENTIER, Catherine. La portée des lois d'habilitation. *RFDA online*, n. 12, 2006, p. 686. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 14dez.2015.

normatividade do preâmbulo constitucional e do valor constitucional da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Com nova decisão em 1987, o Conselho Constitucional confirma que a justiça é um poder, no sentido de órgão interveniente na balança de poderes, pois afirma que não compete ao legislador censurar as decisões das jurisdições, pois assim transgrediria a separação de poderes⁷⁶⁶.

Como parece natural da evolução de toda corte constitucional, ainda que disfarçada sob o nome de Conselho, que invoca uma tarefa opinativa, a construção jurisprudencial vai sendo feita ampliando a esfera de atuação do próprio órgão e circunscrevendo os limites da atuação dos demais, governo e parlamento.

A ampliação do controle realizado pelo Conselho Constitucional é reforçada em 2008 com o controle a posteriori criado pela revisão constitucional que estabeleceu a QPC (*question prioritaire de constitutionnalité*), mas não é tão ampla como nos Estados Unidos, pois há questões de ordem constitucional nas quais o Conselho se recusou a intervir, como na compatibilidade das leis com tratados e acordos internacionais. Não obstante, ele sempre intervirá para fazer respeitar a divisão de competências normativas entre constituinte e legislador⁷⁶⁷.

O Conselho Constitucional se emancipa progressivamente, afirmando o caráter jurisdicional de sua função de controle⁷⁶⁸. Toda instituição busca aumentar suas competências e é, portanto, previsível que o Conselho, para existir e sair do papel secundário no qual foi pensado, interprete para o melhor dos seus interesses diante de um texto constitucional permissivo⁷⁶⁹.

Independentemente da sua formação peculiar, típica do arranjo constitucional francês e da trajetória política do país, o Conselho Constitucional é um ator legitimado

⁷⁶⁶ LUCHAIRE, François. *Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis*. Paris: Economica, 2002, p. 48.

⁷⁶⁷ VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 426; 517.

⁷⁶⁸ MOUTON, Stéphane. Les mécanismes de légitimation des juges dans l'Histoire de France. In BIOY, Xavier; HOURQUEBIE, Fabrice. *Constitutions, justice et démocratie*. Paris: L'Harmattan, 2010, p. 27-73; p. 60.

⁷⁶⁹ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 34.

constitucionalmente para arbitrar as controvérsias entre governo e parlamento, e suas decisões têm a força suficiente para serem cumpridas sem contestação. Ele exerce o papel de controle nas relações executivo e legislativo sob a ótica do respeito à constituição.

Quanto ao Brasil, o controle de constitucionalidade vem sendo construído há décadas, mas é apenas sob o regime de 1988 que vem desvelando seu potencial de interferência na relação entre executivo e legislativo. São as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) que trazem o tema para a corte, e é ao longo dos casos que vai se construindo a jurisprudência que reforça o controle pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da função de legislar, especialmente nos últimos anos.

A história do controle de constitucionalidade das leis no Brasil oscila conforme os regimes políticos. A primeira constituição brasileira, de 1824, reservava ao legislativo a faculdade de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (art. 15, inciso VIII). O judiciário não tinha participação alguma no controle do processo legislativo. Em 1891, a proclamação da República traz consigo uma constituição claramente inspirada no modelo norte-americano e absorve, assim, a possibilidade de se questionar a vigência ou validade das leis federais e estaduais em face da constituição (art. 60, § 1º, alíneas a e b), inaugurando oficialmente o controle de constitucionalidade, disposições reiteradas formalmente nas constituições seguintes.

Mais do que o controle de constitucionalidade das leis a posteriori, é a interferência da corte brasileira na regulação do processo legislativo que ilustra sua participação na balança de poderes entre executivo e legislativo, processo que poderá ser construído claramente após a Constituição de 1988. Quando o controle assume a forma de questionamento sobre o processo legislativo ou sobre os requisitos constitucionais para elaboração de atos normativos, a participação da corte torna-se a de árbitro entre os poderes, assim como foi a trajetória histórica nos Estados Unidos e na França.

Na gradual autoafirmação do judiciário na balança de poderes, o segundo ponto a ser destacado é que tal participação implica intervenção junto aos órgãos políticos, o que demonstra (ii) o caráter jurídico-político do controle de constitucionalidade. Nesse contexto, além de compreender a significação da entrada desse novo ator na balança de poderes na

repartição de funções, é necessário olhar para as implicações do exercício desse controle para o sistema político. O caráter jurídico-político expressa-se tanto pela função de árbitro entre os poderes políticos como pelas consequências do controle sobre o poder de legislar.

A legitimação do judiciário como interveniente no processo legislativo, foco principal da separação clássica de funções, e sua entrada como ator no sistema de freios e contrapesos pode ser vista tomando novamente por referência os critérios de independência e especialização que ajudam a compreender a teoria da separação de poderes. Com base nesses critérios, depreende-se que o judiciário é o único órgão efetivamente separado dos outros dois tanto quanto à sua função quanto à sua forma de recrutamento. A essa autonomia acrescenta-se a legitimidade decorrente da defesa de um instituto maior que paira sobre todos: a constituição. Independe e autônomo, pode exercer o controle sobre os demais livremente, isto é, exercer a faculdade de impedir.

A separação da função jurisdicional nos estados de direito corresponde a uma realidade mais tangível que a separação entre executivo e legislativo⁷⁷⁰. É o judiciário o representante mais fiel da teoria da separação de poderes clássica: é um órgão independente e especializado em uma única função, o único para o qual a interpretação rígida tradicional encontra confirmação em Montesquieu⁷⁷¹.

Enquanto os demais órgãos partilham a função legislativa e alternam membros entre um e outro, o judiciário é recrutado à parte e, uma vez nomeado, o juiz só pode ser destituído mediante procedimento formal, devendo estar livre de influências do governo, do parlamento, do eleitorado e da opinião pública⁷⁷².

A existência de uma democracia representativa, ou seja, baseada em eleições diretas pelo povo, sem intermediação de outro grupo entre o corpo eleitoral e os eleitos, dota o poder judiciário de legitimidade mais forte para atuar face à fusão entre legislativo e executivo, por

⁷⁷⁰ LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4ª ed. Paris: PUF, 2015, p. 158.

⁷⁷¹ BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris: Dalloz, 2012, p. 705-732; p. 714.

⁷⁷² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 294-295.

ser o único realmente separado deles, e provoca a extensão da função de interpretação dos juízes⁷⁷³.

Ainda que apoiada nos critérios de especialização e independência, a visão que alça o judiciário como ator no mesmo nível dos demais repete a confusão do conceito de separação de poderes. O que realmente justifica a ascensão do judiciário como ator relevante no controle constitucional não é sua especialização ou independência, mas sobretudo sua participação na balança de poderes pelo controle do poder de legislar. É pelo lado do equilíbrio entre a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir que se encontra a importância do judiciário.

À parte os debates em torno da legitimidade democrática ou não de tal intervenção do judiciário, calcados na não eleição de seus membros, o fato é que as constituições a legitimam. O órgão de controle não precisa ser um órgão representativo, mas deve ter condições de contrapor as ações dos órgãos representativos quando elas atentem contra o equilíbrio do sistema.

Diante do compartilhamento da função de legislar entre executivo e legislativo e do potencial efeito deletério da intermediação do sistema de partidos na relação governo e parlamento, a independência do judiciário pode servir para corrigir eventuais desequilíbrios na faculdade de impedir exercida por executivo e legislativo um em relação ao outro. É a moderação a chave das relações entre os órgãos, inclusive o judiciário.

Assim, sob a perspectiva da organização funcional do Estado, o princípio da separação de poderes é chamado a garantir os freios e contrapesos entre diferentes e legítimos centros de poder político, situação na qual a dimensão de controle constitucional ganha projeção⁷⁷⁴. Particularmente, é diante do reforço do executivo que o poder dos juízes cresce⁷⁷⁵.

⁷⁷³ VINTZEL, Céline. La démocratie immédiate et la trilogie des pouvoirs in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 123-136; p. 131-132.

⁷⁷⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 150.

⁷⁷⁵ MOUTON, Stéphane. Les mécanismes de légitimation des juges dans l'Histoire de France. In BIOY, Xavier; HOURQUEBIE, Fabrice. *Constitutions, justice et démocratie*. Paris: L'Harmattan, 2010, p. 27-73, p. 33.

Operou-se uma transformação da natureza da separação de poderes: passou de um princípio de organização política a um princípio jurídico e, com isso, mudou de significado, passando do reestabelecimento da independência entre executivo e legislativo para garantir a independência das jurisdições, pois a concentração do poder político clama por um novo equilíbrio⁷⁷⁶.

É a separação de atribuições entre os poderes que faz necessário o controle visando assegurar a preservação das esferas específicas de atuação e o respeito às regras do jogo e a tal controle são dados guarida e desenvolvimento na constituição. Não se pode esperar que o legislativo, centrado na elaboração das leis, controle os próprios atos, por melhor que possa ser o autocontrole realizado pelas comissões de justiça. O executivo, por sua vez, "pleno de poder e preche de prerrogativas", tampouco. Resta o judiciário⁷⁷⁷.

As cortes constitucionais são mais do que jurisdições: são também órgãos constitucionais que desempenham papel particular na estrutura e no funcionamento estatais. Elas são os garantidores do equilíbrio entre os poderes definidos na constituição⁷⁷⁸. O judiciário, de maneira geral, impõe-se como poder político frente ao legislativo e ao executivo, basicamente, por manejar o controle da legitimidade dos atos da administração pública e da constitucionalidade das leis⁷⁷⁹. A balança de poderes é estendida ao judiciário com a revisão da legislação⁷⁸⁰.

Portanto, a principal implicação do controle constitucional com a finalidade de moderar as relações entre executivo e legislativo é que a participação na balança de poderes como intérprete da constituição, isto é, como órgão de controle do respeito às normas

⁷⁷⁶ AVRIL, Pierre. La séparation des pouvoirs sous la V^e République, rhétorique et pratique. In BAUME, S.; FONTANA, B. (ed) *Les usages de la séparation des pouvoirs*. Paris: Michel Houdiard Editeur, 2008, p. 130-135; p. 134.

⁷⁷⁷ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 63; 217.

⁷⁷⁸ FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014, p. 152.

⁷⁷⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 18, p. 355-374, ago/nov. 1997, p. 365. Disponível em:

<<https://www.trf5.jus.br/documento/?arquivo=Independencia+dos+poderes+no+regime+democratico+e+as+e+xigencias+da+sociedade+hodierna+-+RIPE.pdf&tipo=p2603>>. Acesso em: 21jan.2017.

⁷⁸⁰ BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel ; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris: Dalloz, 2012, p. 705-732; p. 721.

constitucionais, significa também participar da função de legislar. Primeiro, assume a faculdade de impedir para evitar que determinada norma faça parte do ordenamento jurídico via controle de constitucionalidade dos atos infraconstitucionais. Segundo, assume a faculdade de estatuir ao determinar a interpretação constitucional de dispositivos destinados a regular a relação entre governo e parlamento. Dizer o que não é a lei é também uma forma de dizer o que ela é.

Na expressão balança de poderes, o nome poder designa somente o poder legislativo, ou seja, cada poder é, na verdade, um órgão parcial da legislação⁷⁸¹. Tudo que diz respeito à lei deriva da função legislativa, qualquer que seja o órgão que estatui ou impede⁷⁸². Julgar inconstitucional é exercer um veto na função legislativa e tal participação faz da corte um colegislador⁷⁸³.

O tribunal constitucional cria direito, pois o produto da sua atividade é legislativo: enquanto poder político, o tribunal exerce função materialmente política de última instância, instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa⁷⁸⁴.

O juiz constitucional, ao verificar a conformidade da lei à constituição, pode declará-la válida, censurá-la, paralisar sua aplicação, ou indicar ao legislador as condições nas quais ela deve ser interpretada e aplicada. Com uma interpretação construtiva, ele pode indicar ao legislador os elementos não contidos na lei, mas que dela devem fazer parte para que seja conforme. Ele participa do processo de fabricação da lei e é, conseqüentemente, um legislador positivo ou negativo. Mais do que isso, por seu poder de interpretação constitucional, detém um poder constituinte que privilegia uma significação ou outra⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: Dalloz, 2015, p. 124.

⁷⁸² SAINT-BONNET, François. L'autre séparation des pouvoirs de Montesquieu. In PARIENTE, A. *La séparation des pouvoirs: théorie contestée et pratique renouvelée*. Paris: Dalloz, 2007, p. 59-64; p. 62.

⁷⁸³ BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010, p. 349-350.

⁷⁸⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 122. O autor chama essa nova forma de relacionamento entre os poderes e de divisão de funções de hexapartição de poderes, sendo o tribunal constitucional o sexto poder, a administração o quinto, o governo (ou ministros) o quarto, que se sobrepõem, cronologicamente, à tripartição clássica que asseverou a independência do judiciário.

⁷⁸⁵ CHAGNOLLAUD, Dominique. *Droit constitutionnel contemporain*. 4ª ed. Tomo I. Paris: Armand Colin, 2005. p. 66-67.

Seu papel no processo legislativo pode ser qualificado como poder de emenda irrecusável, pois pode suprimir disposições legislativas, declarar outras desprovidas de efeitos jurídicos, definir por interpretação diretiva as condições de aplicação da lei ou, ainda, fornecer, na motivação da decisão, conselhos para a reescritura constitucional da lei contestada. Irrecusável, pois a constituição determina que nenhum outro ator do procedimento legislativo pode se opor, ignorar ou contestar suas decisões⁷⁸⁶.

Esse papel da corte na elaboração de leis seria legítimo pois preservaria interesses que não se veem contemplados no processo político-eleitoral e são sistematicamente ignorados ou descreditados, independentemente do fundamento igualitário de suas demandas. A função do tribunal seria de renovar o diálogo com os órgãos eleitos e, dessa forma, garantir que a lei seja baseada no interesse público⁷⁸⁷. Contudo, ainda que população e seus representantes trabalhem todas as questões que desejarem no âmbito legislativo, atingindo ali um consenso, se alguém discorda da decisão legislativa e resolve levar a questão ao judiciário, a visão que finalmente prevalecera será a dos juízes⁷⁸⁸.

Assim, mesmo que seja independente quanto à forma de recrutamento e especializado na sua função de controle de constitucionalidade, o judiciário compartilha da função de legislar quando exerce o controle. Embora tal partilha e cooperação seja centrada nos órgãos executivo e legislativo, ela não é alheia à corte constitucional, reforçando o caráter ultrapassado de defesa da mítica da separação de poderes em si, pois não há moderação sem algum nível de interferência na função legislativa.

O juiz constitucional interpreta conforme razões de oportunidade e o poder que exerce não é diferente do exercido pelo órgão constitucionalmente qualificado como legislativo: essa é uma atividade externa ao judiciário⁷⁸⁹. Se é externa e similar ao que realiza o legislativo, insere-se no mecanismo de balança do poder de legislar.

⁷⁸⁶ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11^a ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 59.

⁷⁸⁷ SHANE, Peter M. Analyzing constitutions. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*, New York: The Oxford University Press, 2006, p. 191-216; p. 206.

⁷⁸⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>>. Acesso em: 29ago.2018, p. 1350.

⁷⁸⁹ TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 232.

Quando a constituição investe o Congresso com o poder de elaborar leis e a Suprema Corte com o poder de resolver disputas em torno da lei, o que se faz é segmentar o exercício do poder de legislar entre as fases de criação e exposição da lei⁷⁹⁰.

Posicionado ao lado dos órgãos políticos como interveniente na função de legislar, o controle de constitucionalidade reveste-se, portanto, de caráter jurídico-político. Na função de contrapeso aos órgãos executivo e legislativo, o judiciário deve arbitrar disputas que giram em torno do abuso do uso de prerrogativas ou tentativa de avançar sobre a competência alheia. Embora possa se apresentar como uma questão jurídica, trata-se inevitavelmente de uma questão política. A resposta da corte constitucional não pode fugir a essa dimensão seja porque ela é o plano de fundo da demanda, seja porque a guarda da constituição é a guarda de um documento político.

No âmbito da aplicação do direito, a separação entre direito e política é defendida com o objetivo de evitar a colonização do jurídico pelo político e resguardar o princípio da legalidade, embora não possa ser considerada livre de ideologias⁷⁹¹.

Apesar das aparências técnicas que nos esforçarmos a dar, o controle de constitucionalidade reveste-se de caráter inevitavelmente político, visto que as disposições constitucionais carregam uma filosofia política⁷⁹². Considerando que a substância do conflito é de natureza política, a função do tribunal adquire necessariamente um caráter político, ainda que a decisão esteja revestida de forma judicial⁷⁹³.

A jurisdição constitucional resolve conflitos jurídicos sobre motivos políticos e a política passa a orientar e a dominar o campo da justiça constitucional, constituindo o objeto

⁷⁹⁰ CLAUS, Laurence. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 11, set. 2004. Disponível em: <http://digital.sandiego.edu/lwps_public/art11>. Acesso em: 17dez.2018, p. 40.

⁷⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>>. Acesso em 19fev.2019.

⁷⁹² CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 58.

⁷⁹³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 321-322.

principal da decisão a ser proferida⁷⁹⁴. A interpretação resulta de uma decisão que escolhe, entre as possíveis significações, aquela que se tornará direito positivo e essa decisão, é fundamentalmente política, mesmo se se apoia em uma motivação jurídica⁷⁹⁵.

Se o controle da lei é jurídico em seu objeto, ele é político em seus efeitos⁷⁹⁶, ao lado dos mecanismos eminentemente políticos como o debate parlamentar, o voto da lei e sua promulgação⁷⁹⁷. Ser um órgão político não implica que deva ser politizado; ao contrário, suas competências devem ser exercidas acima das controvérsias partidárias⁷⁹⁸.

Há uma inegável dimensão política do direito constitucional que acaba por tornar o tribunal constitucional um regulador político que deve se manifestar somente quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político que possam ter sido violados⁷⁹⁹.

A dimensão política do controle de constitucionalidade engloba a corte como partícipe da balança de poderes no mesmo patamar dos atores eminentemente políticos – legislativo e executivo –, capaz de reverter decisões legislativas e arbitrar conflitos entre os órgãos. E o mesmo patamar significa não apenas capacidade de impedir, mas também capacidade de estatuir por meio de suas decisões.

Atualmente, aceita-se que as cortes constitucionais desempenham papel tanto jurisdicional quanto político, pois são responsáveis por controlar os outros órgãos de Estado afim de moderar o poder da maioria e são nomeados pelos órgãos que devem controlar, o que reflete o sistema de pesos e contrapesos e traz legitimidade política⁸⁰⁰.

⁷⁹⁴ MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 228.

⁷⁹⁵ AVRIL, Pierre. *Les conventions de la constitution*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 7.

⁷⁹⁶ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 103.

⁷⁹⁷ DRAGO, Guillaume. Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature. In *Mélanges en hommage à Roland Drago: L'unité du droit*. Paris : Economica, 1996, p. 9-23; p. 10.

⁷⁹⁸ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 118.

⁷⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1305; 1309.

⁸⁰⁰ GUARNIERI, Carlo. La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris : Dalloz, 2012, p. 287-320, p. 312.

De forma geral, a tripartição de funções viabilizou a supremacia do direito, daí evoluindo para uma atribuição expressa de defender a constituição. Entre as funções do direito constitucional passam a constar a instrumentalização do eficaz funcionamento dos poderes públicos para que realizem seus fins e a limitação desses mesmos poderes frente à sociedade e aos indivíduos. A arbitragem do jogo político pelo tribunal constitucional vem para superar situações de paralisia institucional decorrente de conflitos internos ao sistema e para oferecer um contrapeso ao poder excessivo de um governo apoiado em uma maioria parlamentar⁸⁰¹.

A possibilidade do controle e sua participação no processo político não significa que as cortes farão parte de todo e qualquer ato de dimensão política. Pelas próprias características do controle de constitucionalidade, a intervenção será esporádica e mediante provocação de terceiros. Ademais, a jurisdição constitucional pode recusar interferência, eximindo-se de participação em certas circunstâncias.

A Suprema Corte norte-americana, por exemplo, estabelece domínio de não intervenção do juiz com a doutrina das questões políticas, em geral aplicado às decisões de pura oportunidade política que não possam ser, de alguma maneira, abarcadas pelo domínio do direito⁸⁰². Raciocínio similar será visto em algumas decisões do nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente na discricionariedade do recurso à legislação de urgência pelo presidente da República.

Já na França, o controle abstrato a priori coloca a justiça constitucional no centro do debate político e parlamentar. O juiz resolve o conflito com as armas do direito e de acordo com a extensão do controle e o tipo de sanção – total ou parcial, reenvio ao legislador, efeitos modulados. O juiz aparece como moderado ou engajado, deixando ou não uma larga margem de poder discricionário aos poderes públicos⁸⁰³.

⁸⁰¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 62; 108; 112.

⁸⁰² LUCHAIRE, François. *Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis*. Paris: Economica, 2002, p. 51.

⁸⁰³ DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris: PUF, 2016, p. 131

Diante da constitucionalização do processo legislativo, inevitavelmente, no fundo, a questão de constitucionalidade é uma questão de competência do autor da norma jurídica, da competência do legislador⁸⁰⁴, seja ele o governo ou o parlamento. O controle de constitucionalidade das leis é, na verdade, controle indireto da atividade do executivo⁸⁰⁵, visto que este domina o processo legislativo.

A afirmação do judiciário como ente regulador da relação executivo e legislativo tornou-se mais relevante ao longo da evolução constitucional, com o controle de constitucionalidade servindo como faculdade de impedir face aos demais. Por ser controle centrado no poder de legislar, terá caráter político, ainda que revestido da técnica jurídica, dado que interfere em atividade que é inerentemente política.

O (iii) controle jurisdicional será acionado sobre o exercício da função de legislar pelo executivo em complemento ao controle político do parlamento.

Os países que adotam instrumentos de legislação extraordinária pelo executivo similares à medida provisória costumam admitir tanto o controle pelo legislativo como pelo judiciário, restrito a pressupostos e certas matérias⁸⁰⁶.

Nos Estados Unidos, o controle pelo legislativo se dá pela reversão da medida, substituindo-a por uma lei com uma fórmula simples estabelecendo que a ordem executiva “não terá efeito legal”⁸⁰⁷. O judiciário também atuará, tanto na esfera federal em controle difuso de constitucionalidade quanto na Suprema Corte. Explicitamente no Congresso o escrutínio se dará sobre a oportunidade e conveniência da decisão presidencial e, implicitamente nos tribunais.

Na França, o controle legislativo pode ser exercido no momento da delegação, com a definição de diretrizes para a elaboração da *ordonnance*, ou no momento de ratificação; e o

⁸⁰⁴ DRAGO, Guillaume. Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature. In *Mélanges en hommage à Roland Drago*. L'unité du droit. Paris : Economica, 1996, p. 9-23, p. 12.

⁸⁰⁵ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 98.

⁸⁰⁶ CLARK, Giovani. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 113, p. 153-170, 1992; p. 169.

⁸⁰⁷ CHU, Vivian; GARVEY, Todd. *Executive Orders: Issuance, Modification, and Revocation*. Relatório. Washington: Congressional Research Service, 2014. Disponível em: <http://assets.opencrs.com/rpts/RS20846_20100325.pdf>. Acesso em: 20dez2018, p. 9.

controle jurisdicional será tanto administrativo quanto constitucional. Dessa forma, a *ordonnance* sujeita-se ao controle administrativo por excesso de poder regulamentador junto ao Conselho de Estado, a qualquer tempo, salvo se tiver sido ratificada, quando o controle passa ao Conselho Constitucional. O excesso de poder regulamentador pode ser questionado por período determinado após a emissão da *ordonnance* e vinculado a uma situação concreta.

O controle do Conselho de Estado restringe-se à adequabilidade da *ordonnance* aos termos da lei de habilitação e à verificação de eventual excesso de exação, excesso de poder na terminologia francesa. Questões de eventual afronta a direitos e liberdades não podem ser controladas na esfera administrativa, pois se submetem à jurisdição do Conselho Constitucional. Este, só interferirá sobre o conteúdo da *ordonnance* no momento de sua ratificação. Poderá se manifestar a priori, por acionamento da minoria parlamentar, ou a posteriori quando de levantamento de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC), cenário este mais viável após a ratificação.

Antes da ratificação, as *ordonnances* podem ser descartadas pelo juiz administrativo por via de exceção de ilegalidade ou anuladas no âmbito de um recurso de excesso de poder. A ratificação fecha aos reclamantes qualquer possibilidade de contestação, conforme definido pela jurisprudência. Se a ratificação ocorre após a aposição do recurso, o juiz deve pronunciar a perda de objeto (*non lieu législatif*). Sendo anterior, o pedido não é conhecido⁸⁰⁸.

De 1959 a 1987, só houve um caso de anulação de *ordonnance* baseada no art. 38 pelo Conselho de Estado, na decisão 1962-424, de 24 de novembro de 1961, *Fédération Nationale des syndicats de police*. Nesse período foram apenas três decisões sobre recursos, conforme seus próprios autores, enquanto já haviam sido editadas 160 *ordonnances*⁸⁰⁹.

A particularidade do controle administrativo é que ele coloca o Conselho de Estado em dois papéis distintos conforme a fase da *ordonnance*. Antes da sua emissão, ele atua como

⁸⁰⁸ LETHUILLIER, Guillaume. La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. *Petites affiches*, n. 212, p. 9, 23 octobre 2009.

⁸⁰⁹ FAVOREU, Louis. Ordonnances ou règlements d'administration publique ? *RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, set./out. 1987, p. 686-699, p. 686.

instância de consulta sobre o texto, como o é para todos os atos regulamentadores do governo. Após sua emissão, vira instância recursal de indivíduos contra o governo.

Não se concebe nesses exemplos situação na qual o poder de decreto seja imune ao controle. Garante-se, sempre, a faculdade de impedir: primeiro ao legislativo, depois ao judiciário. A particularidade francesa do controle administrativo decorre das próprias características do país, onde a autoridade jurisdicional é exercida por órgãos que não se encaixam em uma formulação tradicional de poder judiciário.

A manifestação do tribunal sobre uma medida provisória em discussão no parlamento implica interferência no processo político de elaboração normativa, assim como é a atuação do Conselho Constitucional quando questionado sobre as leis de habilitação para emissão de *ordonnance*. O julgamento envolve uma dimensão legal, uma dimensão de mérito sobre os conceitos de relevância e urgência, e uma dimensão de equilíbrio entre os poderes. Ao tomar parte em um processo legislativo em andamento, a corte torna-se ator nesse processo e, portanto, interferindo na balança entre os poderes políticos.

Todas as medidas de legiferação de urgência – ordens executivas, *ordonnances* e medidas provisórias – constituem atos passíveis de contestação judicial, seja quanto ao rito de elaboração, seja quanto ao conteúdo. Quando retrabalhados pelo parlamento, deixam de ser ato normativo unilateral, são debatidos, modificados, integrados ao ordenamento jurídico após deliberação. Se não são retrabalhados, permanecem como atos unilaterais do executivo com conteúdo vocacionado para reger relações entre particulares ou entre a administração pública e os cidadãos. Em ambas as situações, a contestação judicial trará elementos de intervenção na tomada de decisão do governo e do parlamento.

4.1.2 *Intervenção judicial nas relações entre a maioria e a minoria legislativa*

A dimensão política do controle constitucional evidencia-se com a atuação do tribunal como regulador da relação entre o governo, a maioria parlamentar, e a minoria, que se opõe legislativamente às ações do primeiro e recorre à corte com o objetivo de prolongar o embate político. A forma como o tribunal constitucional irá atuar varia em cada país e dentro de cada um deles, conforme o arranjo institucional. Em comum, tem-se o impacto no exercício das funções compartilhadas em torno do poder de emitir normas pelo presidente.

A intervenção judicial nas relações entre maioria e minoria faz do tribunal um (i) árbitro de questões políticas alçadas a conflitos jurídicos. Partindo dos exemplos das (ii) *ordonnances* e (iii) medidas provisórias, vê-se como o controle de constitucionalidade afeta de maneira ampla a relação entre executivo e legislativo, governo e parlamento, maioria e minoria.

A (i) atuação do tribunal como árbitro de relações entre maioria e minoria opõe um poder majoritário e um poder jurisdicional durante o controle constitucional⁸¹⁰. Esse poder jurisdicional passa a ser chamado de contramajoritário quando serve para contrabalançar o efeito da combinação de forças entre governo e parlamento para a aprovação de leis: sem a revisão judicial das leis, a maioria parlamentar terá enormes incentivos para ignorar a vontade popular sempre que for conveniente⁸¹¹.

O controle político testemunha a lógica implícita das instituições que, qualquer que seja a conjuntura política, o sistema majoritário implica que o parlamento tem por missão essencial não o controle, mas sim dar ao governo os meios de agir. Em uma conjunção majoritária presidente-parlamento, o controle político é quase inexistente⁸¹².

No que o controle político da função de legislar falha porque a coalização majoritária ganha as disputas na arena legislativa, o controle jurisdicional emerge como lócus de contestação de grupos minoritários, de oposição ou sem acesso ao parlamento, mas que são legitimados para acionar o controle jurisdicional.

Controlar o poder conferido ao executivo de adotar providências legislativas urgentes é tarefa atribuída naturalmente ao legislativo, mas também cabe no exercício de jurisdição constitucional⁸¹³.

O recurso ao tribunal constitucional por parte de partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe é uma maneira de contestação política quando a legislação

⁸¹⁰ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018, p. 860.

⁸¹¹ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000, p. 667.

⁸¹² MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA- Revue française de droit administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 719.

⁸¹³ NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87.

contraria os interesses ou preferências desses atores⁸¹⁴. Na democracia, grupos de interesse tendem a levar suas disputas para o judiciário, em particular o STF, para “desempatar o jogo” ou buscar uma vitória na prorrogação⁸¹⁵. A oposição possui poderes que não podem ser subestimados, inclusive com o acionamento do controle de constitucionalidade⁸¹⁶. Com a possibilidade de acionamento da jurisdição por representantes da minoria⁸¹⁷, a corte torna-se uma arena de recurso da minoria contra a maioria.

A natureza judiciária da relação maioria e minoria decorre de uma visão contenciosa da realidade política, acima da questão partidária. A ficção da maioria, isto é, de que a vontade do mais amplo número vale como a vontade do todo, só é aceita se esta maioria puder ser revertida⁸¹⁸. E quando a corte exerce controle contra ato do legislativo ou do executivo, ela está se manifestando contra a maioria, contra os atuais representantes do povo ainda que estes órgãos sofram de desigualdades de representação⁸¹⁹.

Portanto, a participação do tribunal constitucional nas disputas entre maioria e minoria, uma vez que este se erige como partícipe da balança de poderes, faz parte da dinâmica do jogo político. A diferença é que a corte interferirá, a cada vez que for acionada, com os instrumentos e argumentos que lhe são próprios para a resolução do problema: a adequabilidade à constituição do ponto questionado.

No que tange ao recurso à legiferação de urgência pelo governo, a minoria, ou oposição parlamentar, será naturalmente desfavorável por duas razões: primeiro, sua posição intrínseca de desagravo à política governamental e, segundo, sua baixa capacidade de invalidar a medida ou alterar seu conteúdo durante o trâmite legislativo. A maioria usará suas

⁸¹⁴ CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. 44, n. 191, p. 315-335, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41012717>>. Acesso em: 23jun.2015.

⁸¹⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

⁸¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

⁸¹⁷ VINTZEL, Céline. La démocratie immédiate et la trilogie des pouvoirs. In *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 133.

⁸¹⁸ PIMENTEL, Carlos Miguel. *La main invisible du juge: l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*. 2000. Tese (Doutorado em Direito Público) - Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2000. p. 604; 615-616.

⁸¹⁹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 17-18.

prerrogativas para impedir o sucesso da oposição. Diante do cerceamento de ação na arena natural, o recurso à arbitragem judicial torna-se atraente para a oposição face ao insucesso em bloquear o trâmite legislativo.

As próprias regras constitucionais colaboram para que a participação dos partidos políticos seja elevada no acionamento do controle de constitucionalidade. Comumente, são os partidos e os presidentes das casas legislativas as partes legitimadas a questionar a corte, mais uma evidência do aspecto político do processo.

Na França, o controle das (ii) *ordonnances* reflete o modelo de atuação do Conselho Constitucional calcado no controle a priori das leis. A tradição de desconfiança em relação ao judiciário, que impediu por muitos anos o controle de constitucionalidade a posteriori, como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos, paradoxalmente concedeu ao Conselho Constitucional um papel ainda maior no processo legislativo com o controle a priori. Acionado pela Assembleia Nacional, pelo Senado, pelo presidente ou grupo de 60 parlamentares, suas consequências são ou a publicação da lei sem o trecho censurado ou nova redação pelo parlamento para superação do veto ao substituí-lo por texto conforme. Embora claramente consista em uma intervenção na tramitação da lei, alguns juristas negam que tal interferência seja contra o parlamento.

Quando se estabelece nos anos 1970 a possibilidade de acionamento do Conselho por 60 parlamentares, não prevista originalmente na constituição, a tendência dos grupos era fazer disso uma manifestação do nível de oposição ao texto. Com o tempo, passaram a se circunscrever a questões constitucionais reais e atualmente, o Conselho é acionado cerca de vinte vezes por ano e, à parte as manifestações obrigatórias, sendo quase exclusivamente a oposição que demanda sua participação⁸²⁰. Entre 2000 e junho de 2018, os questionamentos de deputados e senadores foram 77% das demandas ao Conselho Constitucional⁸²¹, ressalvado o fato de que a corte se ocupa também do acompanhamento do processo eleitoral.

⁸²⁰ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 305-306.

⁸²¹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Bilan Statistique*. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>>. Acesso em: 15dez.2018.

A decisão de acionar o Conselho Constitucional por atores políticos não depende da intensidade do atentado aos direitos individuais, mas sim da simples apreciação de oportunidade política pelos detentores da prerrogativa⁸²². O acionamento é obra dos deputados da minoria na quase totalidade dos casos; faz parte do estatuto de oposição⁸²³. As relações entre maioria e oposição são ditadas por relações de concorrência. Assim, a *saisine* não é pensada em termos gerais de sua implicação para o sistema, mas sim de ganho de poder imediato⁸²⁴.

Comumente acionado pela minoria antes da sanção da lei, a manifestação do Conselho Constitucional assume caráter contra ou a favor do governo, visto que este mobilizou o parlamento para a aprovação da legislação.

O Conselho Constitucional participa da obra legislativa ao lado do governo e do parlamento, além de realizar uma função de controle, ou de impedir, ao colocar limites ao exercício do poder político⁸²⁵. Ele faz contrapeso ao grande poder presidencial ou do poder executivo no cenário de conjugação de maiorias⁸²⁶. Todo poder constitucional é levado, mais cedo ou mais tarde, a se comportar como contrapoder a uma autoridade, ainda que de outra natureza de apreciação ou decisão que a do parlamento⁸²⁷.

Embora o controle de constitucionalidade francês vise somente os atos do parlamento e nenhum ato do presidente nem do governo, o executivo é alcançado por ricochete quando a censura atinge ação governamental tomada por intermédio do parlamento⁸²⁸.

⁸²² FROMONT, Michel. La justice constitutionnelle en France ou l'exception française In *Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Paris: Economica, 2001, p. 167-183; p. 172.

⁸²³ MAUS, Didier. *Études sur la constitution de la V^e République*. Paris: Les Éditions STH, 1990, p. 199.

⁸²⁴ CHAGNOLLAUD, Dominique. *Droit constitutionnel contemporain*. 4^a ed. Tomo I. Paris: Armand Colin, 2005, p. 69.

⁸²⁵ MONTIS, Audrey de. La séparation des pouvoirs sous la V^e République: de la prééminence à la tempérance de l'organe exécutif. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 35-48, p. 44.

⁸²⁶ FAVOREU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988, p. 70.

⁸²⁷ RENOUX, Thierry S. La "doctrine Gicquel": le Conseil constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 437-446; p. 441-442.

⁸²⁸ FROMONT, Michel. La justice constitutionnelle en France ou l'exception française In *Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Paris: Economica, 2001. p. 167-183, p. 171.

Se 90% das leis possuem origem governamental, quiçá presidencial, o juiz constitucional assegura em realidade o controle da ação do governo que, na França, arrisca escapar do controle do juiz ordinário que não é competente para verificar a constitucionalidade. É a legislação governamental e não a legislação parlamentar que é controlada no seguinte contexto: uma maioria na Assembleia Nacional, um governo e um presidente da República, do mesmo grupo político, e uma maioria disciplinada. Nessa hipótese, cada vez mais, o Conselho controla na verdade a legislação governamental ou mesmo presidencial⁸²⁹.

No exercício da delegação legislativa operada pelas *ordonnances*, o Conselho Constitucional trabalha o controle sem o conteúdo material definido na fase de habilitação e restrito pelo formato das leis de ratificação, que costumam ser igualmente vazias de conteúdo material. Isso não impede o desenvolvimento de estratégias jurídicas para circunscrever o que o legislador deixou em aberto e enquadrar o governo em um movimento contramajoritário. Esse comportamento é exatamente o que deseja a minoria com o acionamento da jurisdição. Seja na habilitação ou na ratificação, o que está sendo controlado é a ação do governo.

Nas *ordonnances*, a princípio, o Conselho Constitucional somente interfere para verificar a constitucionalidade da lei de habilitação e não deve mais aparecer no processo, com a ratificação conferindo o status legislativo sem a sua participação. Com o tempo, foi construindo jurisprudencialmente a sua intervenção⁸³⁰. Sem sua atuação, era grande o risco de ver o poder de legislar do governo escapar a todo controle efetivo e, portanto, necessário acolher recursos contra essas leis para estabelecer o controle e as regras a serem respeitadas na sua emissão⁸³¹.

A forma do Conselho influenciar as leis de habilitação é recorrer à técnica das declarações de conformidade sob reserva, que significam, na prática, diretrizes que o governo

⁸²⁹ FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014, p. 140; 752.

⁸³⁰ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 123-124.

⁸³¹ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 122.

deve observar durante a elaboração da *ordonnance* e que limitam sua autonomia criativa em certa medida.

O objetivo é impor essas regras ao chefe de Estado, ao primeiro-ministro, ao governo e ao Conselho de Estado, bem como aos juízes que eventualmente as analisarão em casos concretos. O Conselho torna-se colegislador definindo por antecipação parte do conteúdo das *ordonnances*, que só será visto efetivamente e controlado pelo juiz ordinário antes da ratificação⁸³².

No quadro de controle a priori de constitucionalidade da lei, a intervenção do Conselho Constitucional pode parecer como uma fase do processo legislativo, particularmente com as reservas de interpretação neutralizantes, construtivas ou diretivas, mas isso não faz dele um lugar de deliberação, ele mantém sua condição de intérprete⁸³³. Seu papel é o de fazer a lei a mais conforme possível aos requisitos do interesse geral, não sendo um poder dirigido contra o parlamento⁸³⁴. O Conselho não seria legislador ainda que estabeleça reservas de interpretação, pois não discute as escolhas e recusa-se a ter a última palavra⁸³⁵. Trata-se de visão que vai de encontro ao reconhecimento do tribunal como poder contramajoritário, o que ficou evidenciado em algumas situações e é admitido por outra parte da doutrina⁸³⁶.

Na decisão nº 86-207 DC de 25 de junho de 1986, sobre habilitação para edição de *ordonnances* com medidas econômicas e sociais, o Conselho enumera parcialmente as disposições legislativas de medidas que o governo pode alterar por meio da habilitação:

⁸³² LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances: la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 79-82.

⁸³³ TOULEMONDE, Gilles. *Section 2 – Le conseil constitutionnel: un acteur renouvelé de la délibération ? La délibération après la révision constitutionnelle de 2008*. Actes de la journée de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle, Rouen, 7 de novembro de 2013, p.101-118, p. 102-103.

⁸³⁴ ZOLLER, Élisabeth. *Introduction au droit public*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 198.

⁸³⁵ RENOUX, Thierry S. La "doctrine Gicquel": le Conseil constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris : Montchrestien, 2008, p. 437-446; p. 445.

⁸³⁶ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993 ; BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984; CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000; CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2016; DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris: PUF, 2016; FAVOREU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988; RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000; ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

fixação de preços, concorrência, infrações econômicas. Assim, influencia o conteúdo da *ordonnance* determinando a conduta do governo por meio de diretrizes interpretativas e de aplicação⁸³⁷. A minoria, sem os votos necessários para estabelecer regras mais estritas na lei de habilitação para emissão da *ordonnance*, termina por ser confortada, em alguma medida, com as orientações estabelecidas.

Ainda que não defina o texto que deverá constar da *ordonnance*, o Conselho elabora os parâmetros de conteúdo, assim como poderia ter feito o parlamento, criando referencial para o texto que será convertido em lei posteriormente. E terá força de lei antes de sua ratificação, ainda que juridicamente seja considerado ato administrativo equivalente à regulamentação. O Conselho, portanto, colabora na elaboração da lei.

A decisão nº 95-370 DC de 30 de dezembro de 1995, fruto de acionamento da minoria sobre lei de habilitação para emissão de *ordonnances* para reforma da assistência social, é outro exemplo de como o Conselho Constitucional atua no controle formal preservando prerrogativas do governo e, ao mesmo tempo, estabelece as bases para intervenção posterior com base em vedações que visam preservar prerrogativas do parlamento. Primeiro, rejeitou as queixas sobre o cerceamento do processo legislativo pelo governo, validando o recurso aos procedimentos de aceleração do debate previstos na constituição, mas o fez lembrando que o direito de emenda dos parlamentares deve ser preservado. Segundo, estabelece reservas sobre o grau de alterações que podem ser feitas pelas *ordonnances*, visando preservar o domínio exclusivamente legislativo da lei de finanças.

Além de estabelecer um quadro estreito para a atuação do governo, com esse tipo de decisão o juiz constitucional exerce um controle preciso dos elementos futuros da *ordonnance* suscitando da parte do juiz administrativo, caso seja acionado após sua emissão e antes da ratificação, a verificação das reservas ali enunciadas⁸³⁸.

Ou seja, na questão do exercício do poder de legislar pelo governo via *ordonnances*, o Conselho pode atuar no controle da lei de habilitação, e estabelecer reservas de interpretação

⁸³⁷ MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA - Revue française de droit administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987; p. 709.

⁸³⁸ DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris: PUF, 2016, p. 742.

para o texto a ser elaborado, e no controle da lei de ratificação desta mesma *ordonnance*, caso seja novamente acionado.

No controle das *ordonnances* na lei de ratificação, o interessante é que, na prática, pode-se ter uma situação de controle a posteriori, e não a priori como nas demais leis⁸³⁹.

É assim que se procede ao controle de constitucionalidade do conteúdo das *ordonnances* na decisão nº 86-224 DC de 23 de janeiro de 1987 sobre a transferência de contencioso do Conselho da Concorrência, órgão administrativo, ao controle da jurisdição judiciária. Interpelado por 60 deputados que questionavam a lei de ratificação das *ordonnances* já pronunciadas, o Conselho Constitucional declarou a não conformidade da lei, isto é, sua inconstitucionalidade, examinando os artigos da *ordonnance* que criaram o tal Conselho e estabeleceram suas regras de funcionamento. O controle foi feito, então, sobre o conteúdo material das *ordonnances* em vias de transformação em lei, apenas porque a ratificação implicava também a alteração de artigos de tais *ordonnances*, abrindo o espaço para atuação.

Diante da ausência de controle direto sobre a *ordonnance* no momento de sua edição, o Conselho a controla indiretamente no exame da lei de habilitação sua extensão e precisão, com emissão eventual de reservas de interpretação que servem para impor ao governo certas regras e, no momento do acionamento sobre a lei de ratificação, ele se reconhece competente para olhar também o conteúdo da *ordonnances* para aferir se as reservas foram respeitadas⁸⁴⁰.

Seja no controle da lei de habilitação, seja no controle da lei de ratificação, o Conselho se coloca em clara situação de árbitro entre maioria e minoria, em leitura que combina a avaliação do respeito às regras do trâmite legislativo e a definição de limites à atuação do governo.

No Brasil, o controle jurisdicional sobre (iii) medidas provisórias raramente conhece resolução de mérito antes da conversão em lei ou rejeição do texto pelo Congresso. São vários

⁸³⁹ FAVOREU, Louis. *Ordonnances ou règlements d'administration publique? RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 686-699, set./out. 1987, p. 697.

⁸⁴⁰ FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18ª ed. Paris: Hachette, 2015, p. 85.

os obstáculos: a vigência efêmera, a necessidade de manifestação do tribunal em sede de liminar para que a contestação seja efetiva, a perda de objeto da ação por revogação da MP ou sua conversão em lei antes da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Enquanto que na França, o controle a priori, embora limitado, é capaz de circunscrever o exercício do poder legiferante e, nos Estados Unidos, o controle a posteriori reafirma as ordens executivas ou pune o excesso de exação, no Brasil o acionamento do tribunal enquanto a MP ainda tramita no parlamento corre contra o tempo, dado que não paralisa o trâmite legislativo. Não é raro o arquivamento da ADI por perda do objeto uma vez concluída a tramitação da MP, sendo incomum a concessão de medida liminar. Por outro lado, uma manifestação liminar pode suspender a eficácia da medida.

A efemeridade da MP é elemento presente antes e depois da EC 32, com algumas diferenças. Antes da EC 32, a vigência da MP era de trinta dias, com sucessivas reedições. Por vezes, a reedição implicava alteração no texto original, o que poderia afetar a causa de pedir de algumas ações. Ao mesmo tempo, a reedição significava a ausência de debate legislativo, o que tornava o recurso ao controle de constitucionalidade a única ferramenta da oposição para resistir contra a medida. Depois da EC 32, os 120 dias de trâmite costumam ser insuficientes para a manifestação da corte.

Até 2007, ou seja, antes e depois da revisão constitucional, apenas 14,2% das ADIs tiveram liminares deferidas no todo ou em parte, enquanto 46% foram prejudicadas e 24,5% indeferidas. As chances de se suspender parcial ou integralmente o efeito de uma medida provisória junto ao STF chegam a pouco menos de uma em cinco, ao passo que a não manifestação da corte ou o não intervencionismo pode ser esperado em mais de oitenta por cento dos casos⁸⁴¹. A maior parte das ações se extingue sem exame de mérito e não é praxe o acolhimento da cautelar⁸⁴².

⁸⁴¹ DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 139; p.153.

⁸⁴² CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *Medida provisória: dogmas e realidades*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 161-162.

Entre 2007 e 2011, isto é, considerando apenas ações após o novo rito de trâmite, no total de 60 pedidos de liminar, apenas 3, ou 5% foram deferidos, nenhum indeferido, 33% prejudicados e mais de 60% ainda aguardavam julgamento⁸⁴³.

Apesar da dificuldade em obter a manifestação liminar ou definitiva da corte antes da conversão em lei da medida provisória, isso não impede que a minoria recorra ao tribunal. Cerca de 53% das ações diretas de inconstitucionalidades propostas contra MPs vigentes até 2007 foram ajuizadas por partidos políticos⁸⁴⁴ que, ainda que não tenham ganho de causa, sinalizam para o eleitorado a oposição contra a matéria⁸⁴⁵. Entre 2007 e 2011, o índice aumenta para 68% e cerca de 30% é proposta por entidades de classe⁸⁴⁶. Durante o primeiro governo Lula, por exemplo, os principais litigantes foram os partidos de oposição, PSDB e PFL; e no segundo, PSOL e PR, respectivamente, oposição à esquerda e base de apoio, sendo rápidos na proposição da ação⁸⁴⁷.

O STF se vê no papel de última instância política da oposição ao programa de governo que está sendo posto em prática⁸⁴⁸.

A contestação caso a caso possui baixa chance de prosperar dado que, para impedir os efeitos da MP, o STF precisa se manifestar em sede de liminar, atravessando o trâmite legislativo, ainda inconcluso, o que tem implicações na balança de poderes e na própria dinâmica de funcionamento do órgão.

⁸⁴³ CORREIO, Daniel B. S. O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 2, p. 68-109, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018>>. Acesso em: 22ago.2018, p. 90.

⁸⁴⁴ DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p.119.

⁸⁴⁵ MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 73.

⁸⁴⁶ CORREIO, Daniel B. S. O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 2, p. 68-109, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018>>. Acesso em: 22ago.2018, p. 92.

⁸⁴⁷ SANTOS, Lucas Custódio. *Medidas Provisórias no STF: entre a política e a jurisdição*. 2017. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/medidas-provisorias-no-stf-entre-a-politica-e-a-jurisdiacao/>>. Acesso em: 28dez.2018. p. 32; 44.

⁸⁴⁸ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 104.

Em primeiro lugar, a decisão, se favorável ao pleiteante, interromperia a vigência imediata da MP e impacta a análise do Congresso. A legislação de urgência é suspensa, o que, por si só, coloca em xeque os requisitos de sua emissão, contestando, indubitavelmente, o julgamento presidencial e do parlamento que a acatou, colocando o Supremo em situação politicamente delicada face aos dois.

A medida cautelar ataca apenas a vigência da medida provisória tendo continuidade o trâmite legislativo e a análise do legislativo, cabendo ao Congresso avaliá-la enquanto projeto de lei⁸⁴⁹.

Em segundo lugar, a vigência efêmera do instrumento antes de sua conversão em lei acarreta tempo insuficiente para o julgamento de mérito da ADI, que perde o sentido prático após a sanção da lei, embora talvez preserve o sentido do controle de constitucionalidade.

Se são raras as manifestações liminares sobre medidas provisórias, são ainda mais raras as análises de mérito. Nas 339 ADIs apresentadas entre 1988 e 2007 foram identificadas apenas onze situações nas quais ocorreu a manifestação final da corte⁸⁵⁰. Nas demais, o decurso do tempo teria sido o maior impeditivo para que a análise fosse concluída, o que deixa inalterado o *status quo* regulado pela MP e, ao mesmo tempo, evita identificação de atuação política dos magistrados ao administrar o conflito acionado.

Não obstante a perda de objeto com a perda de eficácia da MP, a ação direta de inconstitucionalidade no caso de conversão em lei da medida provisória questionada no Supremo poderá ter seguimento, a depender da modalidade da inconstitucionalidade em análise: se de caráter formal ou material. Sendo material, há duas possibilidades: a) sem aditamento da petição inicial caso o texto da lei de conversão seja idêntico ao da MP; b)

⁸⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246.

⁸⁵⁰ DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 138-139.

ajuizamento de nova medida caso o texto contenha alterações, restando prejudicada a ação inicial⁸⁵¹.

A jurisprudência do STF determina que a ação pode ter continuidade, desde que seja feito o aditamento da petição inicial⁸⁵². Isso é necessário para juntar o texto definitivo da lei de conversão, pois a ADI perde o objeto quando o ato impugnado deixa de vigorar⁸⁵³. Para aproveitar a mesma ação cujo objeto foi a medida provisória, uma vez esta convertida em lei, a ação deve passar a contestar a lei sancionada, caso persistam os motivos que deram causa inicial.

A possibilidade de aditamento decorre do fato de que a medida provisória tem pretensão de permanência definitiva no ordenamento jurídico e que, embora precária enquanto ato normativo, suas disposições são vocacionadas à vigência indeterminada. Se subsiste a disposição que deu ensejo à ação, permanece íntegra a pretensão formulada, sem solução de continuidade no plano de vigência da norma no caso de alterações de forma ou redação⁸⁵⁴.

Além da conversão em lei ser obstáculo para a resolução de mérito pelo STF, a perda de eficácia no curso do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade é considerada condição para tornar prejudicada a ação pela jurisprudência⁸⁵⁵. Ou seja, não é apenas a conversão em lei que atravessa a análise de constitucionalidade, mas também sua revogação pelo próprio governo.

Entre as oito revogações de medida provisória por nova medida, duas foram objeto de questionamento na corte: a MP 394, conhecido caso de reedição da MP 379, sobre o Sinarm; e a MP 437, de 29 de julho de 2008, que criava o Ministério da Pesca e Aquicultura. Esta última foi revogada pela MP 439, que tinha por objeto ampliação de limites operacionais do Banco

⁸⁵¹ MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 170, p. 235-243, 2006.

⁸⁵² Cf. ADI n. 3.067, rel. min. Edson Fachin, DJe 13.11.2015; ADI n. 5.230, rel. min. Luiz Fux, DJe 11.09.2015; ADI n. 1.588 AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, DJe 23.10.2013; ADI n. 1.922, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe 18.05.2007.

⁸⁵³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 689.

⁸⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244-245.

⁸⁵⁵ Cf. ADI n. 1.355, rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 6.03.2001.

Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). O pedido foi apreciado apenas em setembro do mesmo ano e considerado prejudicado por perda de objeto⁸⁵⁶.

Entretanto, o simples acionamento do tribunal afeta o processo de tramitação, interferindo na dinâmica institucional entre executivo e legislativo. Embora sejam reduzidas as chances de sucesso da oposição caso a caso, o simples acolhimento de ação de inconstitucionalidade constrange o governo a negociar em outros termos. Sendo raro o julgamento definitivo, por conta das características do instrumento, é a liminar que pode causar apreensão.

O debate da liminar assemelha-se ao controle a priori do sistema francês: o governo está diretamente implicado e tem início uma negociação constitucional entre os dois, governo e jurisdição, pois o executivo é acionado a defender o texto, com o objetivo de tentar estabelecer reservas de interpretação para evitar a declaração de inconstitucionalidade, que possui sempre efeitos políticos nefastos⁸⁵⁷. Embora vistas como cerceamento do governo quando ao texto futuro de uma *ordonnance*, a reserva de interpretação poupa-o, de fato, de uma declaração de não conformidade, isto é, de inconstitucionalidade.

Já no Brasil, a existência da ação no STF afeta o debate legislativo sobre a conversão da medida provisória e foi suficiente para provocar a rejeição pelo Congresso das MPs 242/2005, que alterava as regras para cálculo do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez; MPs 28/2002, que tratava matéria vedada (direito penal); e a MP 10/2001, que propunha contratação temporária de servidores para suprir grevistas, vistas no item 3.3.1. Também interveio para a perda de eficácia da MP 394/2007, que alterava o Estatuto do Desarmamento e pretendia burlar a vedação de não reedição, como visto no item 3.3.2. O recurso ao tribunal, ainda que não gere ganho direto nessa instância, pode gerar ganhos na arena parlamentar, sendo suficiente para a vitória da oposição.

No geral, o saldo para o governo é bastante favorável no controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal sobre o conteúdo das medidas provisórias emitidas. Se, por um

⁸⁵⁶ Cf. ADI n. 4.117, rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 9.09.2008.

⁸⁵⁷ DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris: PUF, 2016, p. 129.

lado, é elevada a contestação, sendo uma a cada três MPs editadas⁸⁵⁸, por outro lado, em 87% das situações não há manifestação. O tribunal alega que: ou que as ações foram prejudicadas, ou que não cabe manifestação em concreto – caso das medidas de crédito extraordinário –, ou que o proponente a ação é incompetente. O comum é o STF aguardar a decisão do Congresso, o que força o arquivamento por perda de objeto⁸⁵⁹, quando não aditada a inicial.

A manifestação é um veto e a ausência de manifestação, padrão encontrado no Brasil no controle a posteriori da legislação de urgência, é uma escolha política de renúncia ao envolvimento caso a caso. O tribunal recolhe-se para permitir que a interação entre os atores políticos siga seu curso.

Como árbitro das relações entre maioria e minoria, o controle constitucional francês e brasileiro tomam rumos distintos. Na França, dadas as características do sistema, o Conselho Constitucional, uma vez acionado, deve obrigatoriamente se manifestar, pois sua interferência interrompe o processo legislativo. Uma vez prolatada a decisão, a lei retoma o seu curso. Se lei de habilitação, as reservas de interpretação proferidas irão influenciar no conteúdo da *ordonnance* a ser elaborada. Se lei de ratificação, a *ordonnance* arrisca ser convertida sem alguns dispositivos. No Brasil, o acionamento do STF em medida provisória em nada interrompe o trâmite legislativo, embora possa alterar os elementos políticos da negociação entre governo e parlamento para a sua conversão em lei. Não obstante, pode suspender a eficácia da medida provisória, igualmente alterando o ambiente político de debate da matéria.

A intervenção judicial nas relações entre maioria e maioria possui o enfoque contramajoritário, de confirmação ou reversão da decisão tomada pela maioria governamental e parlamentar. No caso da legislação de urgência, o viés político da decisão

⁸⁵⁸ DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 117; CORREIO, Daniel B. S. O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 2, p. 68-109, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018>>. Acesso em: 22ago.2018, p. 91.

⁸⁵⁹ CORREIO, Daniel B. S. O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 2, p. 68-109, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018>>. Acesso em: 22ago.2018, p. 94; 98.

é claro. As questões de constitucionalidade suscitadas são muitas vezes de cunho procedimental, com algumas alegações de violações materiais, porém raras as situações em que abordem direitos fundamentais, pela própria natureza do instrumento sob escrutínio. Representam, portanto, intervenção do judiciário no processo legislativo ordinário, na organização da balança de poderes. Por vezes, para conter desequilíbrios resultantes da concentração do poder de legislar no governo sem, contudo, ameaçar o arranjo geral que o favorece.

4.1.3 *Intervenção judicial nas relações institucionais entre governo e parlamento*

O controle constitucional com maior impacto na função de legislar é a arbitragem em torno das relações institucionais entre executivo e legislativo e a forma como o primeiro atua no exercício de suas prerrogativas de legislação delegada. Aqui, o que está em análise é a organização do próprio sistema, não disputas entre maioria e minoria sobre normas específicas. Nesse ponto, a atuação da corte constitucional afeta o equilíbrio geral entre os órgãos. A corte entra como árbitro do exercício das competências do executivo e legislativo e costuma recorrer ao princípio da separação de poderes em suas decisões.

Uma vez criada uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder. Nesse contexto, importa saber se quem faz pode fazer e o faz legitimamente⁸⁶⁰. No exercício da legislação delegação, os controles políticos podem ser ilusórios, daí a necessidade de outra forma de controle, como o jurisdicional, no qual não se deve confundir o controle sobre a norma com o controle sobre o exercício do poder delegado⁸⁶¹.

O papel da corte constitucional e a interferência que irá exercer está relacionada diretamente ao tipo de sistema e às características do arranjo constitucional. Não obstante,

⁸⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215.

⁸⁶¹ TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657, p. 650-651.

seja em arranjos presidencialistas ou parlamentaristas, a disputa gira em torno das prerrogativas de legislar de cada parte, executivo e legislativo.

O tribunal constitucional atua afetando as prerrogativas de compartilhamento da função de legislar entre governo e parlamento: (i) nos Estados Unidos na emissão de ordens executivas e exercício de delegações legislativas; (ii) na França com a constitucionalização do processo legislativo; e (iii) no Brasil no exercício das prerrogativas de legiferação de urgência via medida provisória.

Nos (i) Estados Unidos, a abordagem da Suprema Corte à separação de poderes é variável: por vezes defende uma abordagem funcional e pragmática; outras vezes, é formalista e estrita. Em alguns casos opta por definir barreiras rígidas e, em outros, permite o compartilhamento e alguma sobreposição⁸⁶².

A corte se vê naturalmente convocada a arbitrar os desacordos entre o Congresso e o presidente sobre a extensão dos poderes respectivos⁸⁶³. Destaca-se que a Suprema Corte não detém o monopólio da interpretação constitucional, pois esta também pode ser exercida, com respaldo da própria Constituição, pelos órgãos executivo e legislativo⁸⁶⁴.

Assim, o presidente encontra espaço para ampliar sua atuação legislativa ao se proclamar intérprete constitucional. Com base nisso, avoca certos poderes legiferantes, sobretudo de natureza regulamentadora. Apenas quando essa atuação transborda é que entram em cena os mecanismos de freios e contrapesos judiciais.

Na questão do poder de legislar, há duas situações que envolvem o compartilhamento da função entre executivo e legislativo nos Estados Unidos: os poderes inerentes ao presidente e as delegações legislativas.

⁸⁶² FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 13

⁸⁶³ CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17^a ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 126.

⁸⁶⁴ JOHNSEN, Dawn E. Judicial Supremacy Two Centuries After Marbury: The President and The Congress and the determination of constitutional meaning. In ZOLLER, Élisabeth (org). *Marbury v. Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Paris: Dalloz, 2003. Actes du colloque organisé les 28 et 1 mars 2003 par le centre de droit américain de l'université Panthéon-Assas (Paris II), p. 197-213, p.198.

Quanto aos poderes inerentes, diante da ausência de poderes legislativos listados na constituição norte-americana, a Suprema Corte termina por reconhecer a existência de poderes implícitos do presidente, retirados de poderes explícitos enumerados, mas rejeita a possibilidade de poderes inerentes ao cargo que costumam ser utilizados como argumento para atos discricionários que possam contornar ou evitar supervisão ou controle dos outros órgãos. Ainda assim, alguma iniciativa é dada ao presidente para tomar atos unilaterais em situações limite que posteriormente devem ser validados pelo Congresso, enclausurada na alcunha de poderes de prerrogativa, como ocorre em relações exteriores e ações militares⁸⁶⁵.

É assim que o presidente dispõe de margem para emitir regulamentos, declarações de interpretação sobre leis, *executive orders*. Como qualquer lei, estão sujeitas ao controle judicial. Podem ser objeto de suspensão por um juiz federal ou pela Suprema Corte.

Esta não se furta ao controle de decisões políticas, ainda que se imponha certas restrições, limitando os casos em que atua, respeitando a vontade do Congresso sempre que esta não seja flagrantemente inconstitucional, e definindo um rol de questões políticas sobre o qual não se manifesta⁸⁶⁶. É assim que a corte vai estabelecendo sua esfera de atuação face às prerrogativas presidenciais.

Com relação às ordens executivas, pode-se esperar que a Suprema Corte interfira em momentos específicos, nos quais o questionamento ultrapassa a constitucionalidade material em si e invoca a questão formal, sobre a capacidade de dispor ou não sobre o assunto por meio desse instrumento.

O presidente Roosevelt, por exemplo, teve parte de suas ordens executivas relacionadas à *National Recovery Administration*, agência por ele criada, revertidas judicialmente, culminando com a invalidação da implementação do órgão. Em outra ocasião, a corte validou a ordem executiva de detenção, sem julgamento, de americanos descendentes

⁸⁶⁵ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 71-75.

⁸⁶⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 313.

de japoneses, em meio aos conflitos da II Guerra Mundial, sob a justificativa de segurança nacional⁸⁶⁷. A esmagadora maioria de suas ordens executivas foi mantida.

Em 1952, o presidente Truman emitiu ordens executivas para nacionalizar empresas e manter a produção de aço mesmo diante da greve decretada pelos sindicatos, justificando-se pela necessidade de fazer face à Guerra da Coreia. A Suprema Corte decretou tal ordem inconstitucional, por ultrapassar os poderes conferidos ao presidente. Para a emissão de uma ordem executiva, o tribunal afirmou que ele deve estar acobertado ou pela própria constituição ou por um ato do Congresso⁸⁶⁸.

Recentemente, o presidente Donald Trump descobriu a importância dos freios e contrapesos com a suspensão judicial de suas ordens executivas anti-imigração e com a recusa do Congresso em eliminar completamente o Obamacare⁸⁶⁹. No entanto, após a suspensão realizada por um juiz federal, parte das medidas foi reestabelecida pela Suprema Corte, por 5 votos a 4, autorizando o governo a aplicar veto de entrada a viajantes originários de cinco países de maioria religiosa muçumana⁸⁷⁰. Pela Lei de Imigração e Nacionalidade de 1952, o presidente é autorizado a suspender, por proclamação e de forma discricionária, a entrada de estrangeiros sempre que julgar prejudicial aos interesses do país⁸⁷¹.

Os julgados da Suprema Corte sobre o poder de emitir regulamentos com força de lei parecem muito mais vinculados a cada caso do que a uma tentativa de alterar o equilíbrio entre os poderes nesses exemplos. A tendência, como já foi afirmado anteriormente, é

⁸⁶⁷ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 105.

⁸⁶⁸ CHU, Vivian; GARVEY, Todd. *Executive Orders: Issuance, Modification, and Revocation*. Relatório. Washington: Congressional Research Service, 2014. Disponível em: <http://assets.opencrs.com/rpts/RS20846_20100325.pdf>. Acesso em: 20dez.2018, p. 4; ZOLLER, Élisabeth. *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*. Paris: Dalloz, 2010, p. 227.

⁸⁶⁹ GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32ª ed. Paris: LGDJ, 2018. p. 368.

⁸⁷⁰ Cf. Os campos de concentração para japoneses no centro do debate sobre o veto a migrantes muçulmanos nos EUA. *BBC News Brasil*. 27jun.2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44618310>>. Acesso em: 5jan.2019.

⁸⁷¹ LAPORTE, Mathilde e MICHAUD, Maud. *Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis: présentation et traduction de l'executive order du 27 janvier 2017*. Disponível em <blog.juspoliticum.com>. Publicado em: 5fev.2017. Acesso em: 27mar.2018.

preservar uma esfera de atuação do presidente com algum poder de legislar implícito, privilegiando a esfera discricionária de decisão presidencial.

Quanto à delegação legislativa, que em princípio soa como favorável ao executivo, ela era acompanhada de mecanismos unilaterais de controle pelo legislativo. Nesse sentido, o equilíbrio tácito entre o presidente e o Congresso norte-americano era a concessão de maior liberdade para as agências estabelecerem normas em troca da possibilidade de reversão da decisão pelo legislativo. O legislativo, ao delegar, também aumentava sua influência sobre as decisões administrativas do governo.

O procedimento era conhecido como veto legislativo, no qual uma das casas, em geral a Câmara, poderia reverter a decisão de um secretário de Estado, por exemplo, em uma situação específica decorrente da aplicação de uma delegação legislativa. A análise da possibilidade de delegação combinada com veto legislativo foi feita pela Suprema Corte no caso *Immigration and Naturalization Service (INS) v. Chadha* (462 US 919 - 1983), à despeito dos protestos do Congresso de que se tratava de situação eminentemente política e, portanto, fora da jurisdição constitucional.

Em decisão não unânime foi estabelecido que a prática de revisão da decisão pelo legislativo constituía, por si só, um procedimento legislativo e, portanto, deveria seguir o rito de trâmite como todas as leis. Ou seja, deveria passar pelas duas casas e ser levada à sanção, o que não era praticado nesses casos. Em seu voto divergente, o juiz White defendeu que esse tipo de veto não feria a separação de poderes e que ele não deveria estar submetido a procedimento mais rígido que a própria delegação. Esta, uma vez autorizada em lei, permite a elaboração de regulamentos com a força de lei sem a aprovação das duas casas e sem a assinatura do presidente. Logo, não faria sentido exigir mais do veto legislativo⁸⁷². Ao invalidar o veto legislativo e outras formas de atuação do Congresso sobre a administração, a corte suprime parte do controle político pelo legislativo⁸⁷³.

⁸⁷² ZOLLER, Élisabeth. *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*. Paris: Dalloz, 2010, p. 516-533.

⁸⁷³ KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2245-2385, 2001, p. 2270.

Em nome da preservação da separação de poderes e dos mecanismos de pesos e contrapesos, nessa decisão a Suprema Corte não teria percebido que muitas vezes são presidentes que encorajam vetos legislativos em troca de maior delegação de autoridade e que tal necessidade política continuaria, e continua a ser praticada, à despeito da decisão⁸⁷⁴. Presidente e Congresso estão constantemente dispostos a partilhar e trocar poderes, reorganizando a repartição constitucional conforme as circunstâncias, cooperando para diluir as fronteiras entre eles⁸⁷⁵.

No caso das delegações legislativas, o resultado mais claro da atuação do judiciário é a definição de limites constitucionais não para evitar a transferência de poderes legislativos ao executivo, mas sim para evitar que o legislativo retome tais poderes, unilateralmente, no futuro. Seguindo o trâmite legislativo ordinário, significa que o veto à decisão do executivo recairá não sobre o legislativo, mas sobre o próprio executivo, quando o presidente se deparar com a sanção de uma lei ou resolução para reverter uma decisão administrativa de seu governo. Tal mecanismo é, na realidade, justamente contrário aos freios e contrapesos e essa constatação torna fácil perceber por que o Congresso encontrou novas formas de exercer o veto e o controle sobre as ações decorrentes das delegações concedidas.

A prática norte-americana após a decisão proferida no caso *Immigration and Naturalization Service (INS) v. Chadha* mostra a capacidade de reação dos órgãos políticos. Negar poder de veto ao Congresso não beneficiou o presidente. Sua substituição por uma resolução das duas casas torna o processo lento e a ausência de manifestação de uma delas equivale, na prática, a um veto unilateral. O resultado é que o presidente continua a aprovar legislação que contém algum tipo de veto legislativo, mesmo fazendo declarações às agências de que basta notificar os comitês do Congresso sobre determinadas ações. Há todo um

⁸⁷⁴ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 417.

⁸⁷⁵ GARDNER, James A. Democracy Without a Net? Separation of Powers and the Idea of Self-Sustaining Constitutional Constraints on Undemocratic Behavior. *St. John's Law Review*, v. 75, n. 2, p. 293-317, 2005, Disponível em: <10.1016/j.jaci.2004.08.035>. Acesso em: 18dez.2018, p. 305.

trabalho de bastidores para garantir alinhamento prévio antes de certas decisões, uma vez que é politicamente conveniente e serve a objetivos de ambos os lados⁸⁷⁶.

A decisão da corte não acabou com o veto legislativo, que continuou, desde então seguindo o procedimento padrão, conforme exigido, e ainda complementado por outras técnicas de controle⁸⁷⁷. Do ponto de vista político, portanto, vislumbra-se uma nova definição de papéis entre presidente e Congresso, pois as delegações legislativas colocam em evidência a relação entre legalidade e oportunidade da atuação face às exigências da democracia representativa⁸⁷⁸.

No geral, a atuação do judiciário norte-americano no equilíbrio da relação entre os poderes contribuiu para a expansão do poder presidencial⁸⁷⁹. As decisões em casos específicos, de controle concreto a posteriori, embora de efeito inter partes, podem ter efeitos políticos consideráveis como mostram algumas manifestações da Suprema Corte norte-americana⁸⁸⁰.

A experiência americana demonstra que, quando o controle judicial deixa de ser uma simples engrenagem da organização federal para se transformar em um órgão de supervisão do judiciário sobre o legislativo e o executivo, ele transforma radicalmente a própria natureza da constituição que o acolhe: ele acopla sobre a constituição popular uma constituição judicial, mais nova e viva, que pouco a pouco recobre e sufoca a obra primitiva dos constituintes⁸⁸¹. Ao interpretar, a Suprema Corte agrega normas que pautarão a atuação do executivo e do legislativo e a forma como se relacionam, além de definir sua própria esfera de atuação no controle da balança de poderes.

O (ii) controle de constitucionalidade francês, a seu turno, com a opção pelo controle a priori, coloca o Conselho Constitucional inerentemente no papel de árbitro da relação entre

⁸⁷⁶ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014. P. 205-6.

⁸⁷⁷ ZOLLER, Élisabeth. *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*. Paris: Dalloz, 2010, p. 538-539.

⁸⁷⁸ JUIILLARD, Patrick. A propos d'un arrêt de la Cour Suprême : mort du veto législatif aux États-Unis, *Pouvoirs*, n. 29, p.75-88, 1984. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/A-propos-d-un-arret-de-la-Cour.html>>. Acesso em: 2out.2018, p. 87.

⁸⁷⁹ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 416.

⁸⁸⁰ DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris: PUF, 2016, p. 132.

⁸⁸¹ LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges*. Paris: Dalloz, 2005, p. 228-229.

os poderes políticos. Para além da atuação como árbitro entre maioria e minoria, sua função original é, especialmente, aparar arestas entre governo e parlamento. O Conselho Constitucional vai construindo jurisprudencialmente sua esfera de intervenção geral e específica no uso das *ordonnances*. Na prática, o governo se mostrou tão avantajado que o sentido do equilíbrio passa a ser de preservação do legislativo.

O Conselho avoca novo papel, jurisprudencialmente a partir de 1971, como regulador dos poderes públicos, na medida em que as condições que fizeram seu surgimento, i. e., preservar o executivo do avanço do legislativo, deixaram de existir, pois se criou o desequilíbrio inverso⁸⁸².

O controle é efetuado tanto sobre leis específicas quanto sobre o processo legislativo. Com várias regras de trâmite legislativo constitucionalizadas, inclusive a obrigatoriedade de controle a priori dos regulamentos internos da Assembleia e do Senado, o Conselho é, inerentemente, um partícipe do processo. Contudo, na maioria das vezes, apenas quando solicitado. Para além das recomendações específicas nas *ordonnances*, há decisões de caráter mais geral, que impactam o procedimento como um todo.

A V República conhece uma constitucionalização crescente do processo legislativo, decorrente do uso de mecanismos do parlamentarismo racionalizado para enquadrar o funcionamento do regime parlamentar dentro da constituição, com destaque para o papel do Conselho Constitucional na constitucionalização do procedimento legislativo⁸⁸³.

Com relação às *ordonnances*, o controle, além de mediar a relação governo e parlamento, tem também o efeito de completar as regras constitucionais sobre as condições gerais de sua aplicação em questões de fundo e de forma. Nas primeiras, avalia-se qual a amplitude da delegação e quais matérias são vedadas. Nas segundas, se o procedimento de adoção é compatível com as normas constitucionais. O conjunto das decisões tende a favorecer a liberdade de atuação do governo.

⁸⁸² AVRIL, Pierre. *Les conventions de la constitution*. Paris : Presses Universitaires de France, 1997, p. 4.

⁸⁸³ COMBRADE, Bertrand-Léo. La procédure législative. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique ; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*, Paris : Dalloz, 2018, p. 317-328, p. 319-21.

Nas questões de fundo, quanto à amplitude da delegação, a jurisprudência exige uma delegação circunscrita para não dar um cheque em branco ao governo. Ao mesmo tempo, os termos da delegação não precisam ser precisos demais pois, por definição, o governo não necessita fornecer antecipadamente o conteúdo das *ordonnances* e a lógica da delegação é transferir um poder normativo que será exercido após o controle judicial de constitucionalidade⁸⁸⁴. Há tolerância com delegações pouco precisas⁸⁸⁵, com ênfase no exame caso a caso.

Na decisão nº 86-207 DC de 26 de junho de 1986, o Conselho afirma que o governo deve indicar precisamente a finalidade da habilitação, mas não há objeção para que o conteúdo seja especificado posteriormente, sobretudo se depender da realização de estudos cujas conclusões só serão conhecidas posteriormente à habilitação. A mesma decisão estabelece reservas de interpretação sobre a extensão da habilitação, visando cercear a amplitude das alterações a serem feitas pelo governo.

Tal jurisprudência vem sendo reiterada sistematicamente. Na decisão nº 2004-506 DC, de 2 de dezembro de 2004, sobre a lei de habilitação para simplificação do direito, reafirma-se a obrigatoriedade de justificar a demanda e as finalidades, bem como o domínio de intervenção, o que não impõe a necessidade de fazer conhecer previamente o conteúdo das *ordonnances*⁸⁸⁶. Mais recentemente, durante a análise de constitucionalidade da lei sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho repete nos considerandos 76 a 82 da decisão nº 2013-669 DC, de 17 de maio de 2013, que a habilitação para emitir *ordonnances* para adaptação de normas correlatas à lei aprovada e que é objeto da consulta está suficientemente definida e circunscrita a questões terminológicas.

A solicitação de autorização de emissão de *ordonnances* não possui requisitos constitucionais, mas a urgência é apontada pela jurisprudência do Conselho Constitucional

⁸⁸⁴ LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances: la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011, p. 75.

⁸⁸⁵ DRAGO, Guillaume. Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, v.1, p.7, jan. 2006. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 18dez.2015.

⁸⁸⁶ VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 226.

como um dos elementos motivadores da delegação. Consequentemente, é implicitamente aceito que o parlamento não seria capaz de adotar reformas legislativas em determinadas circunstâncias, nem suficientemente interessado em assuntos cansativos e exigentes, como a codificação, ou em questões geograficamente circunscritas, como a legislação dos departamentos de além-mar⁸⁸⁷.

Quanto às matérias que podem ser abarcadas por *ordonnances*, a habilitação deve ter o domínio de intervenção restrito às matérias que podem ser tratadas por lei ordinária (decisão nº 84-170 DC de 4 de junho de 1984). Mais especificamente, a lei de habilitação deve indicar as disposições legislativas sobre as quais o governo poderá intervir e não pode simplesmente remeter genericamente aos itens previstos no art. 34 da CFr, que define o domínio da lei⁸⁸⁸.

Adicionalmente, discretamente na decisão nº 95-370 DC e depois mais claramente na decisão nº 99-421 DC de 16 de dezembro de 1999, o Conselho Constitucional excluiu do campo de intervenção das *ordonnances* os domínios reservados às leis orgânicas e as matérias que suscitam a competência exclusiva das leis de finanças ou de financiamento da seguridade social. Nesses casos, a solução justifica-se pela existência de procedimentos específicos e outro tipo de *ordonnance* previsto nos artigos 47 e 47-1 da constituição⁸⁸⁹.

O Conselho de Estado, por sua vez, acrescenta que a habilitação para emissão de *ordonnance* implica a obrigatoriedade de o governo dispor sobre todos os temas elencados pelo parlamento, de forma a respeitar sua vontade⁸⁹⁰. Porém, por vezes o governo não emite as *ordonnances* autorizadas⁸⁹¹, o que, na prática, faz o mesmo efeito de deixar de dispor sobre determinada matéria.

⁸⁸⁷ GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

⁸⁸⁸ VERPEAUX, Michel. *Les relations juridiques entre les pouvoirs exécutif et législatif*. Université Numérique Juridique Francophone. Disponível em: <<https://cours.unijf.fr>>. Acesso em: 16jul.2018.

⁸⁸⁹ GENEVOIS, Bruno. L'application de l'article 38 de la Constitution: un régime juridique cohérent et nullement baroque. *RFDA Online*, n. 4, p. 755, jul./ago. 2018.

⁸⁹⁰ LEROYER, Séverine. *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*. Paris: Dalloz, 2011, p. 447.

⁸⁹¹ FRANÇA. Sénat. *Bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2018*. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r17-510/r17-510_mono.html>. Acesso em: 4dez.2018, p. 28.

Nas questões de forma, o controle em cima das *ordonnances* verifica o procedimento legislativo de sua adoção. Nesse aspecto, a jurisprudência preserva grande margem de atuação para o governo, permitindo inclusive o uso de todos os mecanismos combinados do parlamentarismo racionalizado para a aprovação de uma lei de habilitação – procedimento de urgência, bloqueio de emendas, voto de confiança atrelado – como foi manifestado na decisão nº 95-370 DC supracitada no item 4.1.2. O governo dispõe de ampla liberdade.

Na fase de habilitação, as condições de procedimento são interpretadas de maneira flexível pelo Conselho Constitucional: o suporte da demanda é variado, específico ou emenda ou dentro de outra lei, e o prazo da habilitação é elástico. Na fase de ratificação, o controle aceita: ratificação implícita de *ordonnances* emitidas por leis antes da revisão de 2008, não exige a anexação do texto da *ordonnance* ao PL de ratificação, aceita a multiplicidade de ratificações na mesma lei, bem como as ratificações por emenda do governo ou parlamento, e ainda a convalidação de *ordonnance* que excedeu os limites da habilitação⁸⁹². A ratificação expurga os vícios que a *ordonnance* poderia ter⁸⁹³, validando o dispositivo que ultrapassou o alcance da habilitação⁸⁹⁴. O Conselho, na decisão nº 2004-506 DC de 2 de dezembro de 2004, se diz não competente para avaliar se a *ordonnance* ratificada contém elementos a mais do que o autorizado.

Dessa forma, a *ordonnance* aparece reforçada pelas manifestações do controle de constitucionalidade como instrumento alternativo ao processo legislativo ordinário. O governo, uma vez cumprido com os requisitos técnico-jurídicos da habilitação e ratificação, fica livre para legislar e modificar a própria legislação durante o tempo de habilitação. Além do mais, findo o prazo, o texto fica congelado, aguardando uma ratificação que pode nunca se efetivar e, conseqüentemente, livre de controle direto e efetivo de constitucionalidade. Sequer o extrapolamento dos limites da delegação será questionado.

⁸⁹² VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 228-229; p. 233.

⁸⁹³ MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA- Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out. 1987, p. 722; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand; OLIVA, Éric; ROUX, André. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2018, p. 275.

⁸⁹⁴ COLLIARD, Jean-Claude. Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution? In *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*. Paris: Dalloz, 2009, p. 121-135, p. 132.

No (iii) Brasil, o Supremo Tribunal Federal atuará a posteriori e em abstrato nas ações que questionam as medidas provisórias. Suas manifestações igualmente implicarão reacomodação das ações do executivo e legislativo, afetando o equilíbrio do compartilhamento da função legislativa e redefinindo os parâmetros de atuação do governo e do parlamento. Decisões que tratem especificamente das regras de procedimento para emissão e trâmite legislativo de medidas provisórias terão consequências maiores para as estratégias políticas subsequentes do que decisões restritas a medidas específicas. Estas, embora possam impor derrotas no curto prazo, são absorvidas na política existente e costumam refletir disputas entre maioria e minoria, enquanto as primeiras mudam a dinâmica política.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal tem se valido de demandas específicas para regular certos temas ali tangenciados, alterando o equilíbrio institucional e, por vezes, alterando a própria dinâmica de funcionamento do legislativo. A decisão não se restringe ao caso em espécie e tem impacto duradouro na dinâmica de aplicação da legislação de urgência, como será explorado nos itens 4.2, 4.3 e 4.4.

Cada ordenamento jurídico – norte-americano, francês ou brasileiro –, produzirá seu próprio equilíbrio entre as prerrogativas do presidente para emissão de normas com valor de lei e o papel das assembleias nessa questão. A cada decisão, o controle de constitucionalidade reveste o tribunal de autoridade política, pois interfere no exercício das competências legislativas do governo e do parlamento.

Os dois controles de constitucionalidade, o que avalia cada caso e funciona como arma da minoria contra a maioria, e o que se relaciona diretamente com o equilíbrio de forças entre executivo e legislativo, são intrinsecamente focados na balança de poderes. Trabalham em dois níveis: um micro, das ações de inconstitucionalidade, e outro macro. O primeiro, coloca o tribunal como participante na decisão política sob o abrigo da interpretação constitucional, isto é, com justificativas técnico-jurídicas. O segundo, ao se posicionar como árbitro de disputas entre parlamento e governo, e ao mesmo tempo intérprete, define e redefine as regras do jogo político a partir de seu enquadramento jurídico. É atuação que vai além do controle e da faculdade de impedir extrapolações no exercício da função de legislar.

4.2 O reconhecimento da faculdade do executivo julgar a relevância e a urgência das medidas provisórias

Na avaliação do equilíbrio entre executivo e legislativo diante do exercício da função legislativa extraordinária pelo presidente da República, o Supremo Tribunal Federal atua para garantir o poder de iniciativa e a liberdade do governo na tomada de decisão, com o lembrete da corte de que cabe ao Congresso exercer seu papel jurídico-político de julgamento, ou controle, da discricionariedade do presidente. O judiciário se abstém de intervir nessa seara, reservando controle mais técnico da questão, com foco na urgência em situações claramente reguladas pela constituição. A jurisprudência, por um lado, preserva as prerrogativas do executivo e, por outro lado, deixa espaço para a intervenção do controle de constitucionalidade pontualmente.

Os (i) requisitos que possibilitam fazer uso da legiferação de urgência no Brasil são estabelecidos constitucionalmente, o que abre espaço para o controle pelo tribunal constitucional. Diante da (ii) amplitude semântica dos pressupostos, (iii) os julgados priorizam a mínima interferência, como será ilustrado com casos específicos.

Os (i) requisitos para edição de medidas provisórias são a relevância e a urgência (art. 62, caput). Para a verificação da presença de tais requisitos, o judiciário pode ser instado a se manifestar tão logo uma medida provisória tenha sido editada ou após uma conversão em lei. As manifestações do Supremo Tribunal Federal em diferentes casos consolidaram o entendimento de que compete ao presidente da República avaliar, a cada situação, esses requisitos e, ao Congresso, referendar ou não tal avaliação, sem afastar a possibilidade de envolvimento extraordinário do tribunal na análise.

A constituição confere ao presidente a autorização para a emissão de medida provisória em casos de relevância e urgência e, por isso, a ele compete em primeiro lugar a apreciação da sua presença em situações concretas. A assinatura pelo presidente, a publicação e o envio da medida provisória ao Congresso Nacional pressupõem, evidentemente, que o ato tenha passado pelo crivo desses requisitos no âmbito do executivo. A constituição acrescenta que caberá a cada uma das casas do Congresso primeiro avaliar o respeito a tais requisitos antes de se discutir o mérito da medida (art. 62, § 5º). Uma vez que

a análise ocorre separadamente, primeiro na Câmara e depois no Senado, cada casa tem a autonomia de dizer se tais requisitos estão ou não presentes.

O legislativo é o segundo crivo na avaliação da relevância e urgência. A confirmação pela Câmara não impede a negativa pelo Senado. A negativa pela Câmara impede a análise pelo Senado. E a negativa de apenas um deles interrompe o trâmite da medida provisória e implica sua não conversão em lei, com suspensão de sua eficácia legal.

Executivo e legislativo são igualmente competentes para apreciar a constitucionalidade da medida provisória. O primeiro antes de sua emissão; o segundo antes de sua conversão em lei e entrada definitiva no ordenamento jurídico. A discricionariedade praticada pelo presidente não é imune à avaliação posterior do parlamento. Além disso, tais avaliações não são impeditivas da apreciação eventual de presença desses mesmos requisitos pelo STF.

A manifestação do tribunal sobre uma medida provisória em discussão no parlamento implica interferência no processo político de elaboração normativa, assim como é a atuação do Conselho Constitucional quando questionado sobre as leis de habilitação para emissão de *ordonnance*. O julgamento envolve uma dimensão legal, uma dimensão de mérito sobre os conceitos de relevância e urgência, e uma dimensão de equilíbrio entre os poderes. Ao tomar parte em um processo legislativo em andamento, a corte torna-se ator nesse processo e, portanto, interferindo na balança entre os poderes políticos.

A (ii) amplitude semântica dos pressupostos de relevância e urgência relacionam-se com sua dimensão política. O controle jurisprudencial sobre eles esbarra nos próprios contornos constitucionais que, de um lado, estabeleceram definição aberta de relevância e urgência e, de outro, como não poderia deixar de ser, circunscrevem o acionamento do tribunal a casos específicos.

A apreciação pelo STF da presença dos requisitos materiais de relevância e urgência em medidas provisórias editadas pelo presidente da República é ato extraordinário, conforme estabelecido na jurisprudência do Tribunal e manifestado em diversas decisões⁸⁹⁵.

Os requisitos constitucionais de relevância e urgência devem estar presentes simultaneamente, mas são de natureza eminentemente política⁸⁹⁶. Consequentemente, a sua apreciação é um juízo político: primeiro do chefe do executivo quando de sua adoção, depois do Congresso Nacional. A participação do Supremo Tribunal Federal nesse tipo de avaliação aproximaria, portanto, o judiciário da esfera do jogo político, o que favorece a politização da justiça⁸⁹⁷.

A interpretação consolidada é de que cabe ao chefe do poder executivo a apreciação discricionária sobre eles, diante da relativa indeterminação e fluidez dos conceitos jurídicos urgência e relevância, com atuação excepcional do judiciário no controle de tais conceitos, visto que constitucionalmente presentes com o objetivo de evitar abuso do poder de legislar.

A existência dos requisitos de relevância e urgência objetiva contrabalançar a possibilidade excepcional do poder de legislar concedida pelo constituinte ao presidente. São espécies de travas orientadoras para que a edição de medidas provisórias seja reservada a situações excepcionais (relevantes) que exijam resposta legislativa rápida (urgentes). Sua existência reforça o caráter discricionário da decisão. O termo “discricionário” é usado no sentido de ato de vontade, que pode ser adotado ou não, presentes os pressupostos. Neste ponto, não se confunde com o caráter indeterminado dos conceitos de relevância e urgência.

A relevância é precipuamente discricionária e vinculada ao contexto de edição da medida provisória. Não obstante, parte da doutrina defende que possa ser sujeita ao controle do tribunal.

⁸⁹⁵ ADI n. 2.150, rel. min. Ilmar Galvão; ADI n. 2.332-MC, rel. min. Moreira Alves; ADI n. 2.527-MC, rel. min. Ellen Gracie.

⁸⁹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153; DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 94.

⁸⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

Do lado da defesa de seu caráter discricionário, pode-se vincular a relevância ao fato de tratar de matéria passível de ser legislada em determinado contexto.

Por tratar de matéria de lei, parece haver pouco espaço para contestar a relevância da MP⁸⁹⁸. Ademais, a questão da relevância pode ser compreendida materialmente, isto é, por tratar de matéria de lei, logo a MP é relevante e essa questão seria menos suscetível de discussão em juízo, por envolver julgamento de cunho político⁸⁹⁹. Relevância é sempre sujeita a avaliação subjetiva e discricionária⁹⁰⁰. O interesse público relevante é ato discricionário, de conveniência e oportunidade, de apreciação exclusivamente política⁹⁰¹. Toda matéria legislada é presumivelmente relevante⁹⁰².

Do lado da defesa da possibilidade do controle judicial sobre a relevância, esta pode ser entendida como o atendimento ao interesse da sociedade, isto é, ao interesse público, não apenas da matéria tratada, mas, também, da situação ensejadora⁹⁰³. A relevância é excepcional, não é a mesma do processo legislativo ordinário, qualificada por uma necessidade que não pode se sujeitar ao rito comum⁹⁰⁴.

A urgência, por sua vez, pode ser verificada caso a caso e por isso deve ser devidamente caracterizada e documentada, embora também não seja definida de forma rígida⁹⁰⁵. Ou seja, é objetivável no plano da realidade⁹⁰⁶. Ela está atrelada a “um juízo político de conveniência e oportunidade”, mas que admite, na jurisprudência brasileira, o emprego de critérios objetivos na sua avaliação⁹⁰⁷. Entre eles estariam situações que não possam aguardar

⁸⁹⁸ Nesse sentido opina MENDES – vide Notas taquigráficas da Sessão de 15 de maio de 2002 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

⁸⁹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

⁹⁰⁰ HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175791>>. Acesso em: 21maio2019, p. 12.

⁹⁰¹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

⁹⁰² DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 62.

⁹⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171-173.

⁹⁰⁴ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 46.

⁹⁰⁵ DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3ª ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997, p. 63.

⁹⁰⁶ DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 92.

⁹⁰⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

trâmite legislativo superior a cem dias para respeitar o princípio da anterioridade tributária por exemplo, situações imprevistas ou de grande comoção interna.

Ao judiciário, ao STF, não seria dado definir o que seja urgente, sendo possível afirmar, diante de critérios temporais objetivos, o que não seja urgente.

A observância do princípio da anterioridade tributária é um dos indicadores constitucionais da urgência. Por força desse princípio, a medida provisória que disciplina tributos só pode ser eficaz a partir do ano subsequente à sua emissão.

A urgência também pode ser objetivada pela existência de projeto de lei em tramitação que se converte em medida provisória. A situação urgente pode não ser coberta pelo trâmite legislativo de urgência em projeto de lei de iniciativa do executivo (CF, art. 64, §§ 1º e 2º), ponto em que entra o juízo, mais uma vez político, de oportunidade e conveniência. A urgência do provimento decorreria da necessidade de disciplinar e aplicar imediatamente, sob pena de prejuízo para a sociedade.

Apoiado em entendimento do próprio STF, o governo usou tal fato como justificativa na exposição de motivos da MP nº 82, de 7 de dezembro de 2002, que “dispõe sobre a transferência da União para os Estados e o Distrito Federal de parte da malha rodoviária sob jurisdição federal, nos casos que especifica, e dá outras providências”, acompanhado de referência ao Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que afirma que “caso se verifique demora na apreciação de projetos de lei de iniciativa do poder executivo, poderá o órgão competente, configuradas a relevância e a urgência, propor a edição de medida provisória” (art. 40, §1º). Essa orientação mantém-se válida, sendo absolvida, com ligeiras alterações redacionais, pelo Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017, que “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado” e atualizou a regulamentação da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Parte da doutrina quer entender urgência e relevância como conceitos jurídicos indeterminados, terminologia do direito administrativo, cujo conteúdo não pode ser definido a priori, mas sim diante do caso concreto, que faz cessar a indeterminação e o juízo político. Deixando de ser elemento discricionário e passando a ser conceito indeterminado, sua

interpretação abre espaço para revisão judicial, ampliando o controle dos pressupostos de edição das medidas provisórias⁹⁰⁸.

Não há discricionariedade ilimitada, pois cabe ao Congresso a avaliação política dos pressupostos e ao judiciário a apreciação da juridicidade e coibição de abusos⁹⁰⁹. Os pressupostos de relevância e urgência devem ser interpretados de maneira restrita porque a legiferação de urgência é medida de exceção e, dessa forma, a discricionariedade do presidente deve ser contida⁹¹⁰. Assim, o controle judicial das medidas provisórias cobriria os pressupostos de habilitação; a matéria sob o prisma formal; e a matéria sob o prisma substancial⁹¹¹.

Apesar das dificuldades em torno dos requisitos de relevância e urgência, que nem sempre são respeitados quando da edição de medida provisória, eles são escrutinados pelo Congresso Nacional e o judiciário não se vincula por tal apreciação, devendo se manifestar quando acionado⁹¹². Na jurisprudência do STF, mesmo com o reconhecimento da discricionariedade do presidente na edição de medidas provisórias, admite-se o controle jurisprudencial em caso de abuso manifesto e ausência manifesta dos pressupostos constitucionais⁹¹³. O controle será excepcional, quando presente desvio de finalidade ou abuso do poder de legislar, por flagrante inocorrência da urgência e relevância, situação na qual o judiciário poderá entrar na esfera discricionária do presidente⁹¹⁴.

O subjetivismo dos vocábulos relevância e urgência dificulta o controle a posteriori do Congresso e do judiciário⁹¹⁵, mas não o afasta⁹¹⁶ nem implica que não tenham densidade significativa. A abertura das definições implica que podem ocorrer situações em que a edição

⁹⁰⁸ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 73-74; 77.

⁹⁰⁹ BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 73.

⁹¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 92.

⁹¹¹ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 143.

⁹¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 537.

⁹¹³ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 73.

⁹¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 688.

⁹¹⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In: ROCHA, C. L. A. (ed.). *Constituição e Segurança Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 261-264, p. 264.

⁹¹⁶ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos. M. A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito. *Revista do CAAP*, v. 2, n. 3, p. 243-257, 1997, p. 250.

de determinada MP enseja dúvida sobre sua relevância e urgência, acompanhadas de outras tantas nas quais não haverá dúvida, podendo sempre o judiciário se pronunciar conclusivamente nos casos de “certeza negativa” ou “positiva” e reconhecer que não foram excedidos os limites possíveis dos próprios conceitos⁹¹⁷.

A edição da MP é, neste aspecto, é uma providência imposta por uma dada situação “para tutelar interesse público, cujas peculiaridades e especificidades da matéria que veicula reclamam especial atenção e excepcional atuação do Estado, e cujo objetivo só será alcançado por meio da medida provisória, inexistindo outro instrumento hábil a fazê-lo”⁹¹⁸.

Na análise da relevância e urgência, a postura do STF é pela objetivação dos parâmetros de avaliação, à despeito os elementos subjetivos envolvidos. Em situações específicas, pode significar também a contaminação de uma lei decorrente de projeto de lei de conversão de medida provisória. Ou seja, a lei promulgada que teve por origem medida provisória emanada sem a presença objetiva de elemento que respalde a sua urgência, por exemplo, é uma lei inconstitucional. Trata-se de jurisprudência que presa pelo aspecto legal do ato, esquivando-se de participar no processo legislativo ao negar para si capacidade de discutir conceitualmente o que é relevância e urgência.

Em geral, (iii) os julgados priorizam a mínima interferência, como será ilustrado com os casos discutidos a seguir.

Em 2000, em liminar concedida na ADI nº 2.348-9/DF, relator min. Marco Aurélio, teria sido a primeira vez que o STF fulminou MP por não cumprir o requisito constitucional de urgência⁹¹⁹. Foi deferida medida liminar com o argumento, entre outros, de que não se configurava objetivamente situação de urgência que legitimasse edição da MP nº 2037-24 com o simples objetivo de ampliação de prazo de isenção de imposto⁹²⁰. A decisão repercutiu

⁹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 134.

⁹¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 159.

⁹¹⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Medida provisória na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um balanço de 1988 a 2008. In MENDES, G. F. et alli. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. E-book. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹²⁰ OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 285-301, 2007, p. 288.

imediatamente no governo, que revogou o artigo impugnado (art. 32) na edição posterior da referida MP. Nesse caso, a reedição atuou como elemento de correção, o que aponta o caráter dinâmico da prática, que atua tanto na instabilidade jurídica quanto na adequação política do texto, e por vezes também jurídica.

Na ADI n. 2.213-MC DF, de 4 de abril de 2002, rel. min. Celso de Mello, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e o Partido dos Trabalhadores questionam a alteração operada pela MP 2.027-38 de 4 de maio de 2002, no Estatuto da Terra, Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964, criando o Programa de Arrendamento Rural. Tal programa destinava-se a trabalhadores rurais qualificados para o programa de reforma agrária mas que, ao optarem pelo arrendamento, não poderiam almejar que o terreno arrendado fosse incluído futuramente no rol de desapropriações para a reforma agrária. Ou seja, teriam direito a terra na qualidade de arrendatários, mas não poderiam criar expectativa de virar proprietário no mesmo local onde estivessem estabelecidos. Questionava-se também outra alteração legal que impedia que terrenos invadidos fossem considerados para desapropriação nos dois anos seguintes à invasão.

Os reclamantes alegavam falta de urgência e relevância para a adoção de tais medidas, violando o art. 62 da CF, bem como a violação de direitos inscritos no art. 5º. Entre os argumentos estão o risco do excesso violar a separação de poderes, o cabimento como instrumento excepcional para abrandar situações de crise, a crítica ao exercício compulsivo da legislação extraordinária, e que a discricionariedade do presidente não pode transformar-se em manipulações da constituição por razões de interesse político ou mera conveniência administrativa.

Ataca-se, abertamente, a decisão do presidente em disciplinar a matéria por medida provisória, convocando o tribunal a condenar o seu uso.

Em seu voto, o min. Celso de Mello destaca suas reiteradas críticas ao grande volume de medidas provisórias emitidas, que teriam se transformando na prática em legislação ordinária. Tal uso feriria o sistema de poderes limitados consagrado na constituição, essencial para a preservação de direitos e liberdades. A apropriação do poder de legislar pelos presidentes não deve ser confundida com a necessidade real e excepcional de neutralizar

situações de risco para a ordem pública e o interesse social. Além disso, argumenta que dificuldades de ordem política não podem justificar a hegemonia do executivo e causar prejuízos ao sistema de freios e contrapesos. A ruptura do sistema de separação de poderes, mesmo com suas sobreposições, ocorrerá sempre que um dos poderes se expanda desordenadamente. O controle de constitucionalidade exerce-se, portanto, sobre os pressupostos de urgência e relevância, para evitar situações de abuso. Constituem requisitos legitimadores “e condicionantes do exercício extraordinário do poder de legislar”, cabendo ao STF analisá-los em cada caso⁹²¹.

Mesmo diante de extensas considerações e ressalvas ao uso das medidas provisórias, o relator termina por reconhecer a relevância no caso concreto, isto é, da questão fundiária, e da necessidade de se propiciar o acesso à propriedade. A urgência, por sua vez, estaria consubstanciada na necessidade de neutralizar os excessos de movimentos sociais que recorrem ao esbulho possessório contra bens públicos ou propriedade privada, e na defesa do patrimônio público.

O min. Celso de Mello manifesta-se consistentemente ao longo dos anos em favor de maior controle nos requisitos de urgência e relevância, assim como o min. Marco Aurélio Mello, e suas visões deixam de ser minoritárias e ganham novos adeptos quando o primeiro assume a presidência da corte⁹²².

A opinião do relator foi acolhida por unanimidade e os argumentos sobre a importância da análise do STF sobre os requisitos de relevância e urgência constituem marco jurisprudencial para que o tribunal exerça o controle sobre eles. A crítica ao uso imoderado de medidas provisórias realça a ausência de participação do legislativo na construção normativa, o que será corrigido posteriormente com a EC 32. No acórdão ficou estabelecido:

Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias,

⁹²¹ STF. ADI n. 2.213-MC. Rel. min. Celso de Mello. Julgado em: 04.04.02. DJ: 23.04.04.

⁹²² MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 76-80.

qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais⁹²³.

O assentamento definitivo sob a avaliação dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência só viria com o julgamento da ADI nº 2.150/DF, que no acórdão afirma que: “os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do chefe do poder executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo poder judiciário”⁹²⁴.

Na ADI nº 2.527-MC, a relatora min. Ellen Gracie, levou ao plenário em 18 de setembro de 2002, voto sobre a medida provisória nº 2.226, de 04 de setembro de 2001, que trata de tema processual da justiça do trabalho. Neste momento, ainda não há a interdição de disciplinar temas processuais em MP, mas o julgamento tem início após a EC 32 que veda esse entre outros temas. Embora a relatora opine contra a violação do art. 62 quanto aos requisitos de relevância e urgência alegada pela requerente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio tiveram voto divergente, considerando a ausência dos requisitos⁹²⁵.

Para o min. Nelson Jobim não estaria configurada a urgência dado que a medida não poderia ser aplicada imediatamente, dependendo de regulamento da justiça do trabalho. Assim, estaria privada de eficácia imediata e, portanto, sua edição não resolveria o problema alegado de melhoria da prestação jurisdicional. Acrescenta, ainda, o fato de a MP reproduzir quase que literalmente texto de projeto de lei, PL 3267/2000, enviado pelo governo e objeto de pedido de urgência, debatido e com parecer pela inconstitucionalidade. O próprio governo

⁹²³ STF. ADI n. 2.213-MC. Rel. min. Celso de Mello. Julgado em: 04.04.02. DJ: 23.04.04.

⁹²⁴ STF. ADI 2.150/DF, Rel. min. Ilmar Galvão. Julgado em: 11.09.2002, Tribunal Pleno. DJ: 29.11.2002.

⁹²⁵ STF. ADI 2.527-MC. Inteiro teor. Acórdão: DJ 23.11.07.

solicitou a retirada do projeto no momento que editou a medida provisória, usando-a como forma de contornar a manifestação de vontade do Congresso Nacional pela não votação.

O julgamento da liminar foi suspenso por pedido de vista do min. Maurício Corrêa e retomando cerca de quarenta dias depois. Na ocasião, o ministro discorda da vinculação entre necessidade de regulamentação e urgência, visto que se tivesse sido regulamentada no dia seguinte à emissão, o argumento seria invalidado. Para ele, falta urgência porque a medida não abarca os recursos já interpostos, que constituem o volume descomunal de processos, e, portanto, não teria a capacidade de resolver o acúmulo de recursos.

Após novo pedido de vista, o julgamento foi retomado um ano e meio depois, com a manifestação do ministro Sepúlveda Pertence, porém não concluído. Somente em 2007 veio a decisão sobre a liminar, com a manutenção do voto da relatora. A questão que a MP objetivava disciplinar restou sem aplicação até 2017, quando alteração na CLT insere o mesmo texto com a inclusão do art. 896-A.

Este caso ilustra a cisão que existe entre os conceitos de relevância e urgência, apreciados separadamente. É o conceito de urgência que desperta o olhar mais atento do tribunal, sobretudo para afirmar as situações nas quais não está presente. Embora parte da doutrina defenda o controle simultâneo dos dois requisitos, o STF opta por afastar o controle da relevância, considerando eminentemente político. A corte preserva as prerrogativas do presidente, evitando intervenções que possam interferir no controle político do Congresso, salvo em casos de flagrante afronta.

Outro ponto a considerar é a conversão da medida provisória em lei, o que tornaria inócua a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do cumprimento dos requisitos de relevância e urgência. A superveniência da lei de conversão torna superada eventual contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância⁹²⁶.

Tal entendimento é perfeitamente cabível tendo em vista que a aprovação da MP pelo Congresso Nacional atua como validação da relevância da disciplina e o próprio provimento

⁹²⁶ OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 285-301, 2007, p. 295.

de urgência, com eficácia imediata, já regulou a situação que o ensejou. A urgência demanda ação imediata, que foi tomada com a edição da medida. Não havendo lacuna de vigência entre a MP e a sanção do projeto de lei de conversão, ainda que a aprovação tenha ocorrido no último prazo legal, preservam-se as relações jurídicas acobertadas pela primeira (CF, art. 62, § 12). A própria refenda do Congresso à MP, com ou sem ajustes, valida o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência, tornando sem sentido o juízo político que o STF poderia fazer sobre o preenchimento desses requisitos.

Situação distinta é aquela em que há vício próprio objetivamente identificável no atendimento dos requisitos constitucionais pela medida provisória e não incidem sobre o projeto de lei de conversão. Este é autônomo com relação à medida provisória que lhe deu origem: havendo inconstitucionalidade por vício próprio e peculiar à medida provisória, o correto seria fulminar apenas e tão-somente a medida no período em que vigeu, preservando-se a sua respectiva lei de conversão⁹²⁷.

Assim, uma provocação da jurisdição constitucional contestando o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência de determinada MP que venha a ser julgada depois da conversão em lei não prejudicaria essa nova lei. Tal autonomia entre ambos se associa ao caráter de PL *sui generis*, debatido e alterado pelo Congresso Nacional, deflagrador de trâmite legislativo próprio, porém igualmente cercado das características principais do trâmite ordinário.

Julgado pertinente a propósito é a ADI nº 4.048, movida contra a MP nº 405, de 18 de dezembro de 2007, que abriu crédito extraordinário em favor de órgãos do poder executivo e da Justiça Eleitoral. O caso combina os requisitos de relevância e urgência com o conteúdo disciplinado. Nessa ADI foi concedida medida liminar, em 14 de maio de 2008, já na vigência da lei de conversão (Lei nº 11.658, de 16 de abril de 2008). A petição inicial afirmou que a abertura de crédito extraordinário, mesmo por medida provisória, deve ser reservada a despesas imprevisíveis e urgentes, tais como as decorrentes de guerra, calamidade pública ou comoção interna (CF, art. 167, § 3º) e que os créditos concedidos fugiam a essa característica.

⁹²⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

O questionamento abarcava duas dimensões: a qualificação da MP como relevante e urgente e, sobretudo, o caráter excepcional do crédito aberto. Note-se: o vício é material, não formal.

A matéria em causa – abertura de crédito extraordinário – é própria de medida provisória, não de lei. À lei é dado abrir outros créditos orçamentários. Porém, no que se refere ao crédito extraordinário, quando muito, a lei apenas o confirma, o que não seria possível no caso em razão da inconstitucionalidade reconhecida. Em seu voto, o relator min. Gilmar Mendes pontua a diferença entre os requisitos de relevância e urgência para a emissão de qualquer MP e os requisitos de imprevisibilidade e urgência para abertura de crédito extraordinário:

Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de *relevância* e *urgência* (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de *imprevisibilidade* e *urgência* (art. 167, §3º) recebem densificação normativa da Constituição. Em outras palavras, os termos *imprevisíveis* e *urgentes*, como signos linguísticos de natureza indeterminada, são delimitados semanticamente, ainda que parcialmente, pelo próprio texto constitucional⁹²⁸.

Não se questionava a pertinência do instituto da medida provisória para tratar de crédito extraordinário. Ao contrário, afirmava-se, tanto na petição inicial quanto no voto do relator, sua adequabilidade para a abertura de crédito extraordinário. Tratava-se, portanto, de análise do efetivo e real enquadramento dos créditos abertos pela MP na categoria de crédito extraordinário, única espécie orçamentária passível de manejo em MP:

Art. 167.
§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

O cerne da questão era o objeto do crédito, que se relacionava muito mais a despesas previsíveis do que a despesas assemelhadas às decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, rol inscrito na Constituição. Eram dotações para aquisição de imóvel para sediar cartório eleitoral, para o sistema de atendimento socioeducativo a adolescentes em conflito com a lei, ações para implantação da TV digital no país, ações preventivas contra a introdução do vírus da gripe aviária, despesas com a manutenção de sistemas informatizados

⁹²⁸ STF. ADI 4.048/DF, relator min. Gilmar Mendes, medida cautelar deferida em 14.05.2008, DJe: 23.05.2008.

de processamento de dados (SIAFI, SISCOMEX), liquidação de dívidas de órgão extinto, capitalização da Telebrás, entre outras. Vinte ministérios foram citados como beneficiários, além da Presidência da República e da Justiça Eleitoral. Eram situações variadas, muitas das quais importantes para a prevenção de situações de emergência, com o dinheiro previsto para prevenção da gripe aviária na cadeia produtiva e transmissão para humanos. No conjunto, contudo, eram ações de caráter preventivo e, portanto, previsível:

Não é possível negar que, nesses casos, existem fatos relevantes que necessitam, impreterivelmente, de recursos suficientes para evitar o desencadeamento de uma situação de crise. É preciso bem observar, porém, que são aportes financeiros destinados à adoção de mecanismo de prevenção em relação a situações de risco previsíveis. A situação de crise ainda não está configurada, de modo que faltam os elementos da imprevisibilidade e da urgência para caracterizar a necessidade da abertura do crédito extraordinário⁹²⁹.

A crítica do relator circunscreve-se à abertura de créditos suplementares e especiais travestidos de extraordinários como medida provisória. À época, estimava-se a existência de mais de vinte MPs similares. Foi acompanhado no voto pela maioria dos ministros, à exceção do min. Cezar Peluso, que não conheceu do pedido por não entender crédito como lei, apenas ato complexo que chama a participação do legislativo sob o título formal de lei, o que o excluiria da apreciação da Corte.

Houve discordâncias para a concessão da medida liminar. O min. Ricardo Lewandowski indeferiu a cautelar sob o argumento de que o *periculum in mora* milita a favor da administração, e os efeitos concretos do ato já estariam exauridos no tempo. Ao que o min. Gilmar Mendes rebateu afirmando que por vezes há o crédito, porém não o empenho, o que reforça o caráter não urgente da medida. Não obstante, o min. Joaquim Barbosa também vota pelo indeferimento, argumentando que a matéria já foi aprovada pelo Congresso Nacional, não cabendo interferência do tribunal no caso concreto.

Quando da concessão da cautelar, com aditamento da inicial, em 14 de maio de 2008, a medida provisória já havia sido convertida em lei. O acórdão publicado destacou que a lei

⁹²⁹ STF. ADI 4.048/DF, relator Min. Gilmar Mendes, Medida Cautelar deferida em 22.0 08, DJe: 23.05.2008.

de conversão não convalida os vícios existentes, suspendendo a vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.

A resolução de mérito veio apenas em 2011, sob a relatoria da min. Ellen Gracie, que julgou prejudicada a ação, acatando os argumentos da Procuradoria-Geral da República (PGR) e da Advocacia-Geral da União (AGU) que apontavam o encerramento temporal da vigência dos créditos extraordinários com o encerramento do exercício financeiro de 2008. Neste caso, o critério temporal prejudica a análise antes da conversão em lei, mas pode ser superado pela permanência do vício, também atua na especificidade da norma, que sofre a anualidade orçamentária.

Entretanto, embora seja clara a orientação do STF, ela não foi suficiente para inibir a edição de novas MPs de crédito extraordinário, inclusive com a mesma justificativa utilizada na MP 405/2007⁹³⁰, muitas das quais convertidas em lei. Como se viu anteriormente, esse tipo de MP era bastante volumoso e contava com elevada cooperação do Congresso para sua aprovação.

Seja como for, a ADI nº 4.048 mantém sua importância por definir os parâmetros do uso de medida provisória para concessão de crédito extraordinário, com o uso do instrumento sendo inibido após a manifestação da corte neste caso. Também representa momento de virada no entendimento do STF sobre o cabimento ou não de controle abstrato de constitucionalidade de lei orçamentária, que antes era tido como não cabível, na linha defendida pelo min. Cezar Peluso nesta ação.

Essa decisão circunscreve a discricionariedade do governo na emissão de MPs de crédito extraordinário, deixando claro que ela não pode se substituir a um PL de crédito suplementar ou especial. Para crédito extraordinário, a urgência e relevância concretiza-se em determinadas situações acobertadas pela constituição. A emissão de MP e posterior aprovação do Congresso de crédito extraordinário fora dessas situações seria inconstitucional.

No conjunto dos julgados, o debate em torno do cumprimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência para a edição de medida provisória pelo presidente

⁹³⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Álvaro Ayres de. *Medida provisória e crédito extraordinário: excesso de democracia ou crime de responsabilidade?* Brasília: Senado Federal, s.d., p. 95.

da República provoca interpretações distintas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se consolidado no sentido de que tal controle de constitucionalidade só cabe em casos excepcionais, o que corrobora o entendimento do caráter eminentemente político do julgamento sobre a aceitação da medida provisória.

Nesse sentido, no primeiro momento, ao presidente da República compete avaliar a relevância e urgência. No segundo momento, ao Congresso Nacional que, admitindo a medida, procederá à aprovação com ou sem alteração no texto original. Excepcionalmente caberá a interpretação do judiciário quanto à relevância e urgência em casos específicos. Ela atua tanto para conter o uso da legislação de urgência pelo executivo quanto para tratar as situações específicas de vícios nas medidas provisórias e eventual impacto na lei de conversão.

A atuação do STF como ator político ficaria patente diante de jurisprudência que enfatizasse amplo controle sobre os requisitos de relevância e urgência. A corte não é insensível a esse ponto e a suas implicações para o processo legislativo. Para preservar a balança de poderes e manter as discussões políticas em sua esfera própria, o Congresso, a opção é pelo reforço da circunstância excepcional do controle de constitucionalidade dos requisitos, que deve servir, precipuamente, a controlar abuso do presidente da República no exercício do poder extraordinário de legislar.

Os questionamentos de constitucionalidade com base na ausência dos elementos de urgência e relevância perdem fôlego pelo reconhecimento jurisprudencial da avaliação discricionária do presidente e pelo novo ritmo de conversão em lei viabilizado pela EC 32. E ganham fôlego novos questionamentos sobre o descumprimento do rito de análise. Nesse cenário, o STF passa a opinar, simultaneamente, pela constitucionalidade das medidas e pela constitucionalidade dos trâmites internos do parlamento.

4.3 A obrigatoriedade de constituição da comissão mista para análise da medida provisória

Uma das alterações produzidas pela revisão da disciplina constitucional da medida provisória com a EC 32 é a especificação do trâmite legislativo a ser seguido para sua conversão em lei, o que amplia a esfera passível de controle de constitucionalidade. Nesse aspecto, a intervenção Supremo Tribunal Federal ganha viés mais político do que técnico, pois retira do Congresso a capacidade de relativizar o procedimento legislativo disciplinado

constitucionalmente. A decisão da corte sobre a questão levantada em ADI altera efetivamente o rito de tramitação da medida provisória praticado até então.

O dispositivo constitucional sobre a necessidade de instalação de comissão mista de deputados e senadores para análise e elaboração do parecer sobre a medida provisória (art. 62, §9º) regula trâmite interno do parlamento. Tanto que fazia parte da Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional. Na ocasião da revisão constitucional, a proposta original era a criação de uma comissão mista permanente, tal como ocorre para o tema do orçamento, que acabou derrotada e substituída pelas comissões *ad hoc*, sob o argumento da variedade temática disciplinada nas medidas provisórias⁹³¹.

A disciplina completa da análise da medida provisória, após a revisão constitucional, é feita pela Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, que prevê a comissão mista, com alternância de presidência e relatoria entre os membros da Câmara dos Deputados e do Senado, prazo de seis dias para oferecimento de emendas, e prazo de 14 dias para elaboração do parecer. Findo o prazo, e após 28 dias, o processo começa a ser analisado na Câmara e é permitido o proferimento do relatório em plenário.

A prática apontava a não instalação da comissão mista e consequente não designação do relator. Com o prazo estourado, procedia-se à designação do relator em plenário. Dessa forma, substituíam-se o rito descrito constitucionalmente por rito criado por decisão interna do parlamento. Entre 2002 e 2012, as medidas provisórias eram aprovadas sem observar o processo de instalação e discussão na comissão mista.

Este fato é o que justifica a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029-DF contra a MP 366/2007 pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama sob o argumento de desrespeito à tramitação legislativa prevista na Constituição Federal, relatada pelo min. Luiz Fux. A MP deu origem à Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

A ação questionava, além do descumprimento do art. 62, § 9º, a ausência dos requisitos de urgência e relevância, além de outros dispositivos de ordem material. Ao final,

⁹³¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170-171.

foi julgada improcedente em março de 2012, com a declaração incidental de inconstitucionalidade “dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo”⁹³².

Desde o seu anúncio, a decisão do STF foi recebida no governo como uma tragédia pela amplitude dos efeitos: a inconstitucionalidade de todas as leis decorrentes de conversão de medida provisória, fato posteriormente descartado com a modulação da decisão no dia seguinte ao julgamento⁹³³.

Para analisar as implicações da decisão nas relações entre executivo e legislativo na fase de tramitação legislativa da medida provisória, explora-se: (i) as manifestações dos ministros e das partes durante o julgamento da ADI 4.029; (ii) as consequências no processo legislativo; e (iii) a dimensão de interferência direta do Supremo Tribunal Federal nos procedimentos internos do Congresso.

A Advocacia-Geral da União defendeu a observância do art. 62, § 9º, bem como a existência dos critérios de relevância e urgência e a não violação de cunho material. O rito da constituição da comissão mista teria sido respeitado e a ausência de emissão de parecer deveu-se à falta de quórum, cenário no qual a Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional resolve com a manifestação em plenário. A Procuradoria-Geral da República também opinou pela improcedência do pedido, e o Senado Federal alegou que o próprio STF já manifestou que a não constituição da comissão mista não determina a inconstitucionalidade na ADI nº 3.289, rel. min. Gilmar Mendes, julgada em 05.05.05.

Durante o julgamento da ADI, (i) as manifestações dos ministros foram divididas.

O relator da ação nº 4.029, min. Luiz Fux, concentrou seu voto no desrespeito ao art. 62, §9º, que trata da comissão mista; na declaração incidental de inconstitucionalidade da

⁹³² STF. ADI nº 4.029, Inteiro Teor. Julgado em: 08.03.2012, DJe 27.06.2012.

⁹³³ PAULA, Felipe de. Executive Decree Authority and Lawmaking Environment in Brazil: A Broader View of Provisional Measures. *Statute Law Review*, v. 36, n. 3, p. 233-252, 2015.

Res. nº 1/2002 do Congresso Nacional; e no não cabimento das alegações de violação material. Destacou que o trabalho da comissão mista, estabelecido da constituição, tem por objetivo propiciar reflexão mais detida sobre o conteúdo da medida provisória, representando o parecer “uma garantia de que o legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo executivo”. Em decorrência, seriam inconstitucionais os art. 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos, da resolução do CN que disciplina o trâmite interno da análise das MPs e permitem substituir o parecer da comissão mista por relatoria em plenário.

O relatório ataca, ainda, a urgência para edição da medida, pois cria autarquia para assumir funções já exercidas por outra autarquia – o Ibama –, e que, portanto, já estavam sendo prestados os serviços, o que tornaria viável o desmembramento mediante rito legislativo ordinário⁹³⁴.

O ponto mais sensível do voto diz respeito às consequências da declaração incidental de inconstitucionalidade da prática de dispensa de manifestação da comissão mista, pois coloca em situação irregular todas as medidas provisórias convertidas em lei segundo esse rito. Diante disso, optou pela aplicação do procedimento apenas para o futuro, de forma a preservar, em prol do interesse público, as leis vigentes que foram aprovadas conforme o procedimento agora considerado inconstitucional e assim circunscrever os efeitos da decisão no ordenamento jurídico.

Curiosamente, a própria ADI 4.029 que deu origem à decisão seria declarada improcedente, sem maiores explicações sobre a razão:

Ex positis, voto no sentido de julgar a presente Ação Direta improcedente, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, modulando temporalmente os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo⁹³⁵ (grifo nosso).

Acompanharam o relator na afirmação de despeito ao art. 62, §9º, os ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Carmem Lúcia e Ayres Britto. O min. Celso de Mello também opinou

⁹³⁴ STF. ADI nº 4.029, Inteiro Teor. Julgado em: 08.03.2012, DJe 27.06.2012.

⁹³⁵ STF. ADI nº 4.029-DF, voto do rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Julgado em: 08.03.2012, DJe 27.06.2012.

pela inconstitucionalidade da Res. nº 1/2002 do Congresso Nacional. Gilmar Mendes relembrou seu voto na ADI 3.289, afirmando que à época sua ressalva à comissão era apenas na fase de implementação de todas as alterações trazidas pela EC 32, que já estaria superada. Portanto, seria chegado o momento de dar efetividade à maior participação do legislativo no processo de análise das medidas provisórias. A instalação obrigatória da comissão mista se prestaria a esse objetivo.

Ayres Britto ressalta que, embora o parecer da comissão mista não seja vinculante, a constituição disciplina em detalhes o trâmite da MP por conta do abalo que ela causa na estrutura de separação de poderes no presidencialismo, e que seu descumprimento implica vício na tramitação. Para Celso de Mello, o Congresso, como poder constituído, não tem competência para suprimir ou alterar uma regra de caráter constitucional. Para o min. Marco Aurélio, a inconstitucionalidade é completa, alcançando inclusive a lei de conversão.

Discordaram da decisão sobre a inconstitucionalidade da Res. nº 1/2002 CN os ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. Lewandowski destacou sua preocupação com manobras de obstrução por parte da minoria e que a regra de análise por parte do plenário na ausência de manifestação da comissão objetiva superar o impasse no trâmite e permitir a manifestação do parlamento. Argumenta que a resolução é regra *interna corporis* sobre a qual não cabe interferência e que sua declaração de inconstitucionalidade prejudicaria o uso de medidas provisórias pelo governo.

Cezar Peluzo, por sua vez, afirmou que o regime das medidas provisórias é fruto da vontade do legislativo abdicar de parte do poder de legislar, reduzindo as próprias competências. E que o prazo estabelecido para manifestação da comissão mista serve a estimulá-la a exercer sua competência, em uma lógica de operacionalidade do próprio executivo.

A maioria assumiu posição a favor da interferência no normativo interno do Congresso Nacional, com voto discordante do min. Lewandowski.

Outras cerca de 50 ADIs em trâmite no STF questionariam o mesmo ponto, a ausência de manifestação da comissão mista. Após considerações sobre o impacto político do julgamento, optou-se por declarar ainda constitucional todas as MPs aprovadas sob o

procedimento da Res. nº 1/2002 CN, inclusive o caso em questão, com eficácia *ex nunc* da declaração incidental de inconstitucionalidade. A Resolução não pode flexibilizar o que a constituição determina⁹³⁶.

Ato contínuo, a decisão do STF traz (ii) consequências para processo legislativo de conversão em lei de medidas provisórias, alterando um dos elementos centrais do rito que vinha sendo até então praticado. A ausência de manifestação da comissão mista no prazo definido na resolução do Congresso significava elaboração de parecer diretamente em plenário, o que era a praxe.

Ela implica a completa alteração no cenário institucional de aprovação da medida provisória: com o fim da relatoria designada em plenário, é o espaço da comissão mista que deve ser trabalhado. Pelo que se depreende da leitura dos votos, uma das preocupações era garantir a maior participação do parlamento na discussão dos textos das medidas provisórias, pressupondo que uma comissão mista realiza debate mais aberto e amplo. O que escapou à percepção da corte é que, se por um lado tal argumento é verdadeiro, por outro, a obrigatoriedade da análise da comissão mista pode favorecer o governo, que passa a conhecer muito rapidamente quais são as questões políticas suscitadas a cada MP editada.

Em termos práticos, a primeira mudança é a perda de autonomia do presidente da Câmara para designação do relator, prática usual diante da obrigatoriedade desta casa ser a primeira a analisar a MP. A segunda, é o aumento das alterações no texto pelos parlamentares. A terceira é a garantia de espaço de debate para os senadores, que se viam privados com o recebimento das MPs no limite do prazo, já estendido, de análise⁹³⁷, e agora passam a participar na comissão mista.

Quanto à definição do relator, a decisão tem o efeito de impedir o seu pronunciamento exclusivamente em plenário e obrigar a alternância entre deputados e senadores na função. No modelo anterior, ocorria que o parecer viria a ser conhecido somente no dia da própria

⁹³⁶ STF. ADI nº 4.029, Inteiro Teor. Julgado em: 08.03.2012, DJe 27.06.2012.

⁹³⁷ PAULA, Felipe de. Executive Decree Authority and Lawmaking Environment in Brazil: A Broader View of Provisional Measures. *Statute Law Review*, v. 36, n. 3, p. 233-252, 2015.

votação, e o resultado da negociação em torno da sua elaboração só se revelaria no último momento.

Antes da obrigatoriedade da comissão mista, o relator podia alterar o texto do PLP até cinco minutos antes da votação e o executivo precisava apenas negociar com ele, o que facilitava muito o processo, porque reduzia os atores envolvidos. Era um cenário que favorecia o executivo⁹³⁸.

Embora o governo pudesse, teoricamente, dispor de grande liberdade para atuar junto ao relator e evitar o debate amplo no Congresso, convém lembrar que a regra também poderia favorecer o parlamento em sua capacidade de negociação no caso de desalinhamento com o governo. Duas razões podem ser elencadas: quem controla o parecer controla o texto e o momento em que será levado a plenário, com o prazo fatal prejudicando o executivo. Nas ocasiões em que a relatoria na comissão mista coube a membros da oposição, o governo optou por abandonar o PLV e trabalhar a matéria em outro projeto, como visto no item 3.3.2.

As novas regras têm o potencial de reduzir o poder do presidente da Câmara na escolha dos relatores, dado que a regra da comissão mista implica observar a representatividade proporcional dos partidos, com a competência de indicação diluindo-se entre os líderes partidários. Há o resgate de um mínimo de protagonismo para os senadores, que participam na comissão. Por fim, as chances de alteração do texto na última hora, e as barganhas decorrentes, o que em tese favorece o executivo, foram reduzidas⁹³⁹.

Pelo procedimento da comissão mista, a relatoria se alterna entre Câmara e Senado. Há prazo exíguo para apresentação de emendas (seis dias após a apresentação da medida provisória) e não há prazo para conclusão do parecer. A comissão torna-se instância de negociação e veto, o que obriga a apresentação e conhecimento prévio do parecer com antecedência razoável ao início da votação na própria comissão. Com isso, reduz-se a janela temporal para se trabalhar alterações no texto original.

⁹³⁸ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁹³⁹ PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 152.

O plenário deixa de ser lócus de apresentação de emendas novas, reduzindo a probabilidade de alteração do texto, o que termina por prejudicar a margem de trabalho do plenário. Pode-se argumentar que os deputados possuem plena capacidade de apresentação de emendas ao texto da MP na comissão mista. Contudo, antes havia prazo de quase 120 dias para maturação das propostas e sua apresentação ao relator. Agora, são somente 6 dias. O relator, por sua vez, continua com a liberdade de trabalhar o texto individualmente, seja com base nas emendas apresentadas, tanto por deputados quanto por senadores, seja com suas próprias modificações.

Antes da obrigatoriedade da comissão mista, a análise de emendas dos deputados ao texto da medida provisória é caótica e o próprio relator podia escondê-las do governo, o que era relativamente comum, revelando apenas na última hora para negociar a íntegra do texto substitutivo como um todo. Com a decisão do STF, melhora o cenário para o governo porque diminui o caos em torno das possíveis alterações realizadas pelo relator⁹⁴⁰.

No início da implementação das comissões mistas, continuava-se negociando com apenas uma pessoa: o relator. Uma vez aprovado o parecer e encaminhado para plenário, só cabe emenda supressiva ou resgate de emendas já apresentadas, situação favorável para o executivo porque dava um controle um pouco maior do resultado. No geral, o plenário da Câmara validava o que era feito na comissão, mesmo quando relator era senador⁹⁴¹.

Buscando ampliar o debate no parlamento, a decisão do STF terminou por circunscrevê-lo a um lócus determinado temporalmente. O efeito tende a ser favorável ao governo com a concentração da discussão em comissões porque lhe dá, ao menos, previsibilidade maior sobre o que pode esperar em modificações ao texto original e em que termos se dará, minimamente, a negociação.

A segunda consequência é o aumento das alterações no texto pelos parlamentares e das possibilidades de obstrução, contrariando o efeito favorável ao governo da concentração do debate na comissão mista. A combinação da obrigatoriedade da análise da comissão, a dinâmica do ambiente político e sua alta capacidade de adaptação são capazes de reverter a

⁹⁴⁰ ENTREVISTADO 3, 2017.

⁹⁴¹ ENTREVISTADO 2, 2017.

tendência de favorecimento do governo e colocam mais possibilidades de bloqueio ao trâmite da medida provisória.

O acréscimo de mais uma etapa no processo de apreciação das medidas provisórias eleva os custos de aprovação em decorrência de três fatores. Primeiro, a constituição de várias instâncias de decisão dispersa o processo e cria dificuldades de mobilização da base de apoio do governo. Segundo, o regramento regimental específico das comissões multiplica as possibilidades de obstrução do processo legislativo. Por fim, a baixa institucionalização das comissões cria ambiente confuso, demandando mais esforço do governo para a construção de acordos e a aprovação das medidas. Com capacidade de atuação limitada, o governo vê diminuído o seu controle sobre o texto das medidas provisórias e o parlamentar, com mais informações disponíveis, dispõe-se a votar independentemente da orientação da liderança⁹⁴².

Nesse sentido, a decisão do STF é capaz de favorecer o legislativo não somente pela ampliação do debate, mas por fornecer outros elementos de negociação política.

Passou-se a ter dois lócus de negociação na Câmara, o que complica a articulação governamental: a comissão mista e o plenário. A negociação na comissão mista é similar ao que era antes, com o relator, acrescida da mobilização dos partidos interessados no debate. Com o desafio do quórum, precisa haver acordo: o relator tem que acatar emendas dos parlamentares presentes, o que fragiliza a posição do governo e sua capacidade de barganha. No plenário da Câmara, tem-se uma instância recursal para as emendas que não foram acatadas. Com habilidade política e conhecimento regimental, o plenário pode modificar o texto da comissão mista com destaques e emendas aglutinativas⁹⁴³.

A recuperação da possibilidade de alteração do PLV até momentos antes da votação em plenário por meio de emenda aglutinativa não é uma estratégia fácil de viabilizar: a emenda aglutinativa demanda muito talento para montar, é complexa e favorece quem sabe

⁹⁴² BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 90; 99.

⁹⁴³ ENTREVISTADO 2, 2017.

jogar com o processo legislativo. É um jogo de detalhe regimental que favorece quem tem domínio técnico, e, no caso, é o legislativo quem vive disso⁹⁴⁴.

A habilidade do parlamento readaptar-se e reconstruir o equilíbrio favorável a si mesmo vai depender de habilidades individuais em manejar a configuração institucional. É a apropriação política da regra que dará ou não maior protagonismo ao Congresso Nacional.

Pelo arranjo revisto jurisprudencialmente, duas tendências se contrapõem. Por um lado, o fortalecimento do governo com maior controle sobre as emendas. Por outro, o fortalecimento da minoria em sua capacidade de obstrução na comissão mista. Em comissão, com a exigência de quórum e a participação multipartidária, a oposição ganha uma força para travar o debate de que não dispunha no mesmo nível no parlamento, onde sua atuação é limitada pela capacidade de voto da maioria. Na comissão, a tática mais simples é bastante efetiva: não havendo quórum mínimo, não se instala comissão, não se vota relatório, ameaça-se a derrubada da medida provisória pela inviabilização do debate.

A terceira consequência da obrigatoriedade da análise da comissão mista é a garantia de espaço de debate para os senadores que dela participam e que antes se viam privados da atuação com o recebimento das MPs no limite do prazo, já estendido, de vigência⁹⁴⁵. Com o procedimento da comissão mista, além de participar na análise do parecer em conjunto com os deputados, os senadores integram o processo alternadamente como relator e presidente da comissão.

Entretanto, o incremento de participação na elaboração do substitutivo em nada afeta o prazo de votação no Senado, que continua atuando como casa revisora e a enfrentar a responsabilidade de aprovar matérias com pouca discussão porque foram recebidas no limite do prazo de perda de eficácia.

Mesmo diante dos desafios que a comissão mista implica para o processo de conversão da medida provisória, há quem defenda o aprofundamento do funcionamento dessa instância com a criação de comissão mista permanente. Uma proposta é que esta comissão se

⁹⁴⁴ ENTREVISTADO 4, 2017.

⁹⁴⁵ PAULA, Felipe de. Executive Decree Authority and Lawmaking Environment in Brazil: A Broader View of Provisional Measures. *Statute Law Review*, v. 36, n. 3, p. 233-252, 2015.

manifeste logo no recebimento da medida provisória sobre os pressupostos de relevância e urgência, emitindo parecer a ser votado em plenário. Apenas após a aprovação da existência dos pressupostos é que se procederia à análise de mérito, seguindo procedimento de composição de nova comissão mista, agora temporária, para sua análise, com consequente votação em plenário⁹⁴⁶.

O problema é que duas votações em plenário, em duas casas, espaçadas temporalmente, alongam o trâmite. Nada garante que a votação sobre os requisitos possa acontecer em tempo hábil, especialmente diante do sobrestamento da pauta causado pelas próprias medidas provisórias. Ademais, como a análise realizada no capítulo 3 demonstrou, o debate parlamentar costuma mesclar os dois elementos, pois tanto os pressupostos de relevância e urgência e o mérito da medida provisória compõe avaliação política do Congresso.

Muito já se especulou sobre a criação de uma comissão mista permanente⁹⁴⁷, que já foi inclusive objeto de propostas de emenda à constituição⁹⁴⁸. A efetividade de tal comissão precisa ser pensada do ponto de vista da fluidez do trâmite legislativo e possibilidade de participação e criação de acordos em torno do texto, sem travas ou prazos fatais que prejudiquem claramente um lado. Afinal, o objetivo maior da legiferação de urgência é sua conversão em lei, preservado o debate e a participação do parlamento. Ela traria a vantagem contar com membros fixos, o que poderia facilitar a gestão do quórum, pois não haveria comissões simultâneas com participantes diferentes. E a desvantagem para o governo de empoderar ainda mais os parlamentares membros da comissão, o que pode dificultar a aprovação de medidas em cenário de relações tensas entre executivo e legislativo.

⁹⁴⁶ VALE, Juliana Carla de Freitas do. *Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK Editora, 2004, p. 72.

⁹⁴⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

⁹⁴⁸ REIS, Cláudio Rocha. *Juízo de admissibilidade das medidas provisórias no Congresso Nacional: o Princípio da Fungibilidade na Recepção das Medidas Provisórias*. 2014. Monografia (Especialização em Direito Legislativo) – Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014, p. 41-3.

Por fim, a decisão proferida sobre a obrigatoriedade da emissão do parecer da comissão mista sobre as medidas provisórias contém (iii) dimensão de interferência direta do Supremo Tribunal Federal nos procedimentos internos do Congresso.

Embora novidade no controle de constitucionalidade pelo STF, o controle do procedimento legislativo e do regulamento das assembleias é a realidade francesa, ainda que sujeita a críticas sobre o cerceamento da autonomia do parlamento. Baseia-se na presença de dispositivos sobre o processo legislativo na constituição, exatamente como ocorre no Brasil.

Lá, a avaliação sobre o regulamento das assembleias é uma obrigatoriedade constitucional (art. 61 da CFr). Embora a Res. nº 1/2002 não equivalha ao regulamento do Congresso, ela regulamenta, no âmbito dos órgãos legislativos, os procedimentos para aplicação de uma disposição constitucional (art. 62, § 9º da CF). Apenas nisso se assemelha o procedimento francês, do qual podemos resgatar sua motivação de preservação de integridade do arcabouço constitucional.

A consulta ao Conselho Constitucional sobre o regulamento da Assembleia Nacional é antes uma garantia de integridade dos princípios constitucionais contra as tentativas de desvirtuamento que o parlamento pode ser tentado de realizar⁹⁴⁹. A grande influência do regulamento das assembleias na marcha dos negócios públicos e o risco de se tornarem regras paraconstitucionais, moldadas conforme os interesses do parlamento, justifica o seu controle de constitucionalidade particularmente severo na França⁹⁵⁰. O parlamento não pode ser controlado nas medidas que decide, mas pode, por sua vez, ser submetido ao controle quando se trata de verificar a constitucionalidade ou conformidade à constituição das medidas que ele decreta⁹⁵¹.

A jurisprudência do Conselho Constitucional francês considera que as disposições do regulamento das assembleias destinadas a aplicar uma regra constitucional devem respeitar estritamente a letra constitucional, sem nada ajuntar nem subtrair, sendo suficiente que as

⁹⁴⁹ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984, p. 69.

⁹⁵⁰ CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000, p. 47.

⁹⁵¹ FAVOREU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988, p. 37-38.

disposições que não entrem diretamente no campo das previsões constitucionais a elas não sejam contrárias⁹⁵².

O controle do regulamento não faz dele uma norma de valor constitucional⁹⁵³, mas uma norma de referência (decisões nº 78-97 DC de 27 de julho de 1978 e nº 2010-602 DC de 18 de fevereiro de 2010). Consequentemente, a aprovação de norma sob rito que desrespeite o regulamento não torna tal norma, automaticamente, inconstitucional⁹⁵⁴. Entretanto, seria possível sustentar a interpretação de norma de valor constitucional pois há regras de valor constitucional relativas ao processo legislativo e os regulamentos são controlados pelo Conselho Constitucional antes da emissão, distinguindo dispositivos que colocam em prática um princípio ou regra constitucional e aqueles que tratam da vida interna das assembleias e, portanto, não servem de referência para analisar a conformidade da lei⁹⁵⁵.

Efetivamente, o Conselho Constitucional não se furta de censurar o regulamento dos órgãos legislativos, em geral vedando dispositivos que possam restringir a participação do governo no processo legislativo. A inconstitucionalidade obriga a reelaboração do texto até que obtenha o aval de conformidade, pois o controle é realizado a priori.

O controle sobre os regulamentos e suas modificações foi feito mais de 70 vezes entre 1959 a 2016, com a primeira censura ainda em 1959⁹⁵⁶.

No Brasil, o controle da Res. nº 1/2002 foi incidental no âmbito da ADI 4.029, e passa a mensagem de que o Congresso não pode interpretar expansivamente dispositivos relativos a trâmite legislativo inscritos na constituição. Não foi dado espaço para substituição da análise da comissão mista pela análise direta no plenário da Câmara, prática usual até aquele

⁹⁵² AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 12.

⁹⁵³ CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. 14ª ed. Paris: Seuil, 2017, p. 304; DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris: PUF, 2016, p. 268; VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 205; ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 248.

⁹⁵⁴ VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 205.

⁹⁵⁵ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 248.

⁹⁵⁶ VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 198, p. 200.

momento. O Congresso rapidamente adaptou-se ao novo comando, com a permissão da corte para dispensá-lo nas medidas que já estivessem em tramitação.

Há duas leituras sobre a censura do STF sobre a resolução do Congresso Nacional: a primeira, de que extrapolou seu papel no controle de constitucionalidade; e a segunda, de que tal controle pode ser feito, sendo limitada apenas a interpretação da corte sobre a aplicação dada ao regulamento pelos parlamentares.

A primeira vertente, de que a resolução é regra *interna corporis* foi a tese defendida pelo voto vencido do min. Lewandowski. O Congresso poderia dispor de mecanismos para superar o impasse criado pela não deliberação da comissão mista, visando a fluidez do trâmite legislativo da lei de conversão de medidas provisórias. Não caberia interferência da corte.

Na segunda vertente, defende-se que as resoluções do Congresso são espécie normativa primária e, portanto, sujeita a controle, exceto sobre a interpretação dessas normas⁹⁵⁷. Ademais, o processo legislativo disciplinado na constituição é passível de controle⁹⁵⁸. Portanto, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo teria por consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade tanto pelo método difuso, quanto pelo método concentrado⁹⁵⁹.

Os regimentos são leis internas do parlamento que regulam seu funcionamento e devem respeitar os limites impostos pela constituição. São manifestações da autonomia dos parlamentares e seu controle judicial é controverso. Não obstante, a jurisprudência do STF evolui para admitir a competência sobre boa parte dos atos emanados pelo legislativo para regular suas atividades, especialmente para verificar inobservância de dispositivo

⁹⁵⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 733.

⁹⁵⁸ VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. *O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atuação do poder legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, 2007, p. 314.

⁹⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 215.

constitucional na formação da lei, ao mesmo tempo em que reconhece núcleo imune ao controle na esfera da interpretação regimental⁹⁶⁰.

O processo legislativo tornou-se passível de controle judicial, verificando se o processo foi atendido na sua plenitude, sem adentrar no mérito da deliberação⁹⁶¹.

Tal controle é sujeito a críticas pois coloca em causa o princípio da soberania parlamentar⁹⁶², visto como atentado contra a autonomia constitucional do parlamento e da separação de poderes, porém, justificado tendo em vista que regras de procedimento interno foram constitucionalizadas⁹⁶³. O parlamento deixa de se submeter somente à constituição, de onde retira seus poderes, e passa também a se submeter aos textos dela decorrentes sobre os quais a jurisdição constitucional zela a aplicação, submetendo os representantes da nação a limitações jurídicas e a uma tutela mais rigorosa do que a sofrida pelo executivo⁹⁶⁴.

A decisão do STF traz alterações significativas ao procedimento de análise da medida provisória e na balança de poderes entre legislativo e executivo, mas é embasada no texto constitucional (art. 62, § 9º). Se a maioria dos ministros julgou que a manifestação da comissão mista, tal como prevista na constituição, é etapa obrigatória do trâmite legislativo e que ela é capaz de estimular o debate, ela também pode colocar obstáculos para a conversão da medida provisória. De fato, aumenta o número de medidas provisórias que perdem a eficácia porque a comissão mista não concluiu os trabalhos. Como apontou o min. Lewandowski, a capacidade de obstrução da minoria sai fortalecida, o que pode ser positivo do ponto de vista do controle do parlamento. Por outro lado, o cerceamento temporal da proposição de emendas atua como restrição ao trabalho parlamentar.

Quanto ao controle do executivo sobre a relatoria, este será fruto da conjuntura política diante da independência garantida ao parlamentar em sua manifestação. Ainda que

⁹⁶⁰ QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 27; 77; 96.

⁹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 750.

⁹⁶² AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 11.

⁹⁶³ DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4ª ed. Paris : PUF, 2016, p. 268.

⁹⁶⁴ AVRIL, Pierre. Un nouveau droit parlementaire? *Revue du droit public*, n. 1, 2010, p. 121. Disponível em: <Lextenso.fr>. Acesso em: 23jan.2019.

se recorra a fatores políticos para alegar a vantagem ou desvantagem para o governo, o poder de barganha do relator mantém-se em alguma medida, pois só ele é capaz de incorporar o resultado de negociações que não estejam claramente acobertadas por emendas apresentadas.

Essas mudanças não são pequenas interpretações de regimento que permitem conduzir o processo no sentido desejado. São alterações constitucionais. São decisões do STF, são coisas consolidadas, que não se desfazem⁹⁶⁵.

Como é inerente ao controle de constitucionalidade, especialmente o que se realiza sobre o arcabouço jurídico que regula os debates políticos, a interferência reverbera no equilíbrio de forças. No caso na obrigatoriedade de análise e manifestação da comissão mista, a tendência é que ela opere em favor do reforço da capacidade de controle do Congresso sobre a legiferação de urgência. Ainda que a regra aponte nesse sentido, é a prática que dará sua dimensão concreta e efetiva.

4.4 A inconstitucionalidade da não-pertinência temática no projeto de lei de conversão

Inserir emendas ao projeto de lei de conversão de medida provisória que não tenham relação com o texto original foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, que apontou a violação do princípio democrático e do devido processo legislativo, fundamentada nos arts. 1º, caput, parágrafo único; 2º, caput; 5º, caput, e LIV⁹⁶⁶. Como visto no item 3.2.2, o procedimento de inclusão de jabutis, pejorativamente chamado de

⁹⁶⁵ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁹⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

contrabando legislativo, era recurso tanto do governo como dos parlamentares. A condenação da prática, proferida no âmbito da ADI nº 5.127, afeta o direito de emenda dos parlamentares e reduz parte das vantagens da medida provisória como catalizador do processo legislativo.

Sob o argumento de controle apoiado nas disposições gerais do processo legislativo (art. 59, parágrafo único) e relativo ao exercício da função inerente do parlamento na elaboração normativa, porém sem vedação clara no texto constitucional, as consequências políticas são elevadas e, na prática, limita a produção legislativa parlamentar e reforça a iniciativa e o controle da pauta legislativa pelo executivo.

Para analisar as implicações da decisão nas relações entre executivo e legislativo na fase de tramitação legislativa da medida provisória, explora-se: (i) as motivações da ADI nº 5.127 e os argumentos contra as emendas sem pertinência temática elencados durante o julgamento; (ii) as consequências da interferência direta do Supremo Tribunal Federal no direito de emenda dos parlamentares; e (iii) as consequências para o equilíbrio entre os poderes.

A (i) ADI nº 5.127, de relatoria da min. Rosa Weber, foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), tendo por objeto a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, de conversão da MP nº 472/2009, que tratava de temas diversos e desconexos, como Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, Regime Especial de Aquisição de Computadores para uso Educacional, ajustes no Programa Minha Casa Minha Vida, Taxa de Fiscalização dos mercados de seguro, de capitalização e da previdência privada aberta, entre outros.

A ADI, proposta em 2014, quase quatro anos depois da sanção do PLV, questiona a lei de conversão, não a medida provisória que lhe deu origem. Isso porque se concentra sobre o art. 76 da Lei nº 12.224/2010, inserido como parte das alterações promovidas pelo Congresso no texto original. O lapso temporal entre a sanção da lei e o questionamento de sua constitucionalidade justificar-se-ia porque o dispositivo questionado geraria maior impacto a partir de junho de 2015, conforme previsto na própria norma. Tal artigo promove conjunto de

alterações no Decreto-Lei nº 9.295/1946 para tratar da fiscalização e regulamentação da profissão de contadores e técnicos em contabilidade. A principal inovação é a obrigatoriedade de curso de bacharelado para ambos, o que, na prática, esvazia a função de técnico.

O ponto questionado era a inserção de emenda dos deputados que modificou a regulamentação da profissão de contador, disciplinada pelo Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946. Destaca-se que, desde a origem, a MP abordava diversas temáticas, mas o foco da ação era somente a alteração incluída no projeto de lei de conversão (PLV) que extinguiu a validade da habilitação de técnico em contabilidade, substituindo-a pelo bacharelado em Ciências Contábeis e exame de proficiência como requisitos para registro profissional junto ao Conselho Regional de Contabilidade.

A petição inicial alega acoplamento indevido de nova norma ao projeto de lei de conversão, ampliando a vontade originária do presidente quando da edição da MP, violando o art. 2º (separação de poderes) da Constituição e usurpando competência para emitir as disposições normativas urgentes e relevantes. As emendas sobre a regulamentação da profissão de contabilista foram inseridas no Senado e apreciadas na Câmara dos Deputados cerca de quinze dias depois, ocasião em que foram aprovadas no plenário⁹⁶⁷.

Curiosamente, o sentido da usurpação de competência é invertido na petição, com o parlamento sob acusação de usurpar uma competência que lhe é inerente: a capacidade de elaboração normativa. A alegação de inconstitucionalidade formal que tenta se sustentar no art. 2º da constituição é interessante porque coloca o poder legislativo invadindo a competência legislativa do poder executivo, em uma inversão de papéis, mas ignora a própria característica plural da medida originária. A autora da ação sustenta que o parlamento invade a competência do executivo na definição do campo normativo da medida provisória, inserindo fins que não estavam originalmente previstos no texto original⁹⁶⁸.

A ação ataca o processo de tramitação da medida provisória e o desrespeito à obrigatoriedade de manutenção de pertinência temática entre as emendas apresentadas

⁹⁶⁷ A tramitação da matéria e os pareceres proferidos podem ser consultados em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=464520>.

⁹⁶⁸ STF. ADI nº 5.127. Inteiro teor. Julgado em: 15.10.2015, DJe 27.10.2015.

pelos parlamentares e a matéria originalmente disciplinada. Também argumenta violação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição – direito ao livre exercício profissional –, pois somente lei específica poderia tratar do assunto, não PLV. Solicita suspensão cautelar de eficácia da norma, entre outros motivos, pela impossibilidade do livre exercício da profissão aos formandos dos cursos de nível médio em contabilidade.

A Presidência da República defende a pertinência temática entre o dispositivo inserido e o tema da medida provisória. O Senado defende o regular exercício do poder de emendar, que não invadiria competência privativa do executivo, argumento seguido pela AGU, acrescido de que seria inexigível a obrigatoriedade de pertinência temática, no que é acompanhado pela PGR. Em sua manifestação, a PGR afirmou que a inserção, pelo Congresso Nacional, de dispositivo sem pertinência temática com o texto original não fere dispositivos constitucionais, tampouco o PLV deixa de ser instrumento apto para disciplinar a regulamentação de profissão. Não haveria, portanto, ofensa aos art. 2º e 5º da constituição. Todos, legislativo, executivo e Ministério Público unem-se para defender o direito de emenda de deputados e senadores.

O Conselho Federal de Contabilidade, ouvido na ação na qualidade de *amicus curiae*, sustentou a improcedência da ação, argumentando que é de livre iniciativa da União legislar sobre regulamentação de profissões.

A relatora, min. Rosa Weber, em seu voto afirma que a tese central da ADI tem a ver com a existência de vício formal: “a impossibilidade de introdução, pelo Congresso Nacional, de matéria completamente nova em projeto de lei de conversão de medida provisória”. Atenta para a controvérsia em torno do assunto, destaca que a legitimidade para alterar o texto original da MP é reconhecida na constituição (art. 62, § 12).

Lembrando que poder de emenda é inerente à função parlamentar, sendo indiferente se a norma é de iniciativa reservada ou não, ressalva que somente é legítimo quando guarda “estrita relação de afinidade temática” com o texto original, entendimento afirmado pelo STF em julgados anteriores relacionados ao processo legislativo, independentemente se o objeto

é medida provisória⁹⁶⁹. Um dos argumentos é, portanto, a ilegitimidade de emendas sem relação temática com o texto em discussão, matéria que já teria sido objeto da corte em decisões anteriores. A inserção de emendas sem relação temática com o texto em discussão constituiria a criação de um novo processo legislativo não previsto na constituição com o único objetivo de aproveitar o trâmite da MP:

A incorporação de emenda parlamentar sobre matéria estranha às versadas na medida provisória implica permitir que se instaure o rito legislativo anômalo previsto excepcionalmente na Carta Política para a conversão de medida provisória em lei quanto à matéria não submetida ao Congresso Nacional na forma do art. 62, caput, da Constituição da República. **Mais do que o poder de emenda, significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa para, esquivando-se do procedimento para aprovação das leis ordinárias,** submeter propostas legislativas avulsas ao rito dos projetos de lei de conversão, aproveitando-se da tramitação de medida provisória sobre outra matéria⁹⁷⁰.

Para a relatora, a inserção de emendas sem pertinência temática constituiria violação do direito ao devido processo legislativo, pois os prazos exíguos prejudicam o exame aprofundado e a participação de atores interessados no debate, tornando a matéria inserida, ela mesma, imune a emendas. Ela reconhece, contudo, que o direito de emenda não é limitado sequer pela origem da iniciativa, podendo operar em todo e qualquer projeto submetido ao parlamento. Pela jurisprudência⁹⁷¹ da corte, estaria sujeito somente às limitações expressas na própria constituição.

Não seria possível validar a emenda parlamentar ao texto por ter desrespeitado o trâmite legislativo previsto, pois além da CF, resolução do CN proíbe a inserção desse tipo de emenda. Propõe como alternativas as soluções de a) reconhecimento da

⁹⁶⁹ Precedentes citados pela relatora: ADI 1.333/RS, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 29.10.2014, DJe 18.11.2014; ADI 2.583, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 01.8.2011, DJe 26.08.2011; ADI 2.305, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 30.06.2011, DJe 05.08.2011; ADI 3.288/MG, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2010, DJe 24.02.2011; RE 134.278, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 27.05.2004, DJ 12.11.2004; ADI 2.350/GO, rel. min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 25.3.2004, DJ 30.04.2004; ADI 546/DF, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11.3.1999, DJ 14.04.2000; ADI 1.050/SC, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21.9.1994, DJ 23.04.2004; ADI 2.681/RJ, rel. min. Celso de Mello, julgado em 11.9.2002, DJe 24.10.2013; ADI 574/DF, rel. min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 03.6.1993, DJ 11.3.1994; ADI 973 MC, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 19.12.2006; ADI 2.813, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26.8.2011; ADI 2.887, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 06.8.2004.

⁹⁷⁰ ADI nº 5.127, rel. min. Rosa Weber, Inteiro teor. Julgado em: 15.10.2015, DJe 27.10.2015.

⁹⁷¹ ADI 865-MC/MA, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgado em: 07.10.1993, DJ 08.4.1994.

inconstitucionalidade das emendas sem pertinência temática aprovadas após a edição da Res. nº 1/2002 do CN, ou b) o afastamento da inconstitucionalidade de medidas provisórias convertidas em lei que até o julgamento da ação em questão não tiveram sua constitucionalidade questionada.

Mais uma vez, é a Res. nº 1/2002 CN um dos parâmetros para decisão da corte (art. 4º, §4º: É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar). Agora, contudo, como o seu desrespeito servindo de justificativa para cobrir de inconstitucionalidade a emenda incorporada e convertida em lei. Dá-se à norma interna do Congresso valor constitucional.

O voto da min. Rosa Weber pela procedência da ação e inconstitucionalidade do art. 76 da Lei nº 12.249/2010 por violação formal do devido processo legislativo estabelecido nos arts. 2º (independência dos poderes), 62 (medidas provisórias) e 84, inciso XXVI (competência privativa do presidente para editar medidas provisórias) foi vencido em plenário.

A ação foi julgada improcedente, porém, contraditoriamente, a tese da inconstitucionalidade da emenda foi aprovada.

Seguiu-se debate entre os ministros sobre os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, o que demonstra clara preocupação do Tribunal com a situação das normas aprovadas e vigentes que porventura incorressem no mesmo caso, isto é, vislumbravam a importância de preservação da segurança jurídica do sistema. Discutiu-se sobre a proclamação dever ou não esclarecer o fundamento de declaração incidental de inconstitucionalidade, pois todos concordavam que não se tratava de modulação de efeitos, dado que a ação fora julgada improcedente.

Não houve declaração de inconstitucionalidade, apenas o encaminhamento de advertência ao poder legislativo para que abandone a prática das emendas sem pertinência temática. Os debates no STF deixaram claro que, para a corte, o principal era avaliar o exercício reiterado de emendamento com temas não pertinentes, ferindo o processo de elaboração democrática de leis previsto na constituição, com garantia de amplo debate parlamentar,

ouvida a sociedade por meio de audiências, quando for o caso. A preocupação dos ministros era resolver o problema para o futuro, ainda que negando a jurisdição ao requerente.

Para redigir a decisão, adotou-se o enunciado sugerido pelo min. Teori Zavascki, que não afirma nenhuma nomenclatura determinada de técnica de interpretação. O voto do ministro Fachin, que divergiu da relatora quanto à procedência do pedido, mas convergiu na necessidade de estabelecer parâmetro para o futuro, foi o modelo para a decisão do plenário, cabendo a este redigir o acórdão com a cientificação ao Congresso sobre a inconstitucionalidade das emendas do tipo jabuti:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na ação direta, com a **cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, *ex nunc*, de que não é compatível com a Constituição da República a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional**, ressalvado o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, que propôs o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade do costume, bem como da constitucionalidade da Resolução do Congresso Nacional que regulamenta a matéria. Restaram vencidos os ministros Rosa Weber (Relatora), Marco Aurélio, e Ricardo Lewandowski, que julgavam procedente o pedido, e, em maior extensão, o ministro Dias Toffoli, que o julgava improcedente (grifo nosso)⁹⁷².

Os argumentos da decisão são variados, pois houve divergências entre os ministros, inclusive quanto à constitucionalidade da Res. nº 1/2002 CN.

O min. Fachin correlacionou os requisitos de urgência e relevância, entendidos como de juízo político prévio do presidente da República, com o processo legislativo de análise da medida provisória, no qual não seria possível tratar de temas distintos daqueles fixados como urgentes e relevantes. As emendas, portanto, deveriam se circunscrever a temas urgentes e relevantes, aplicando os mesmos requisitos para o exercício extraordinário do poder legiferante pelo PR ao direito de emenda ordinário do parlamentar. Sua manifestação claramente afirma que não há disposição constitucional que impeça os parlamentares de

⁹⁷² STF. ADI nº 5.127, Inteiro teor. Julgado em: 15.10.2015, DJe 27.10.2015.

acrescentar dispositivos em outras temáticas, e justifica a decisão por um processo interpretativo de limites implícitos:

[...] o fato de a Constituição não ter expressamente disposto no art. 62 a impossibilidade de se transbordar a temática da medida provisória, não significa que o exercício da faculdade de emendar pelo Congresso Nacional seja incondicionado. É o que se vê, por exemplo, ao se constatar que as demais limitações previstas ao poder de emenda (exemplificativamente as previstas nos arts. 61, § 1º, 84, 63, I, II, 166, §§ 3º e 4º) também se aplicam àquelas apresentadas ao projeto de conversão de medida provisória. Assim, a menção à **ausência de vedação expressa no texto da Constituição sobre a possibilidade de emenda com conteúdo diverso daquele que originou a Medida Provisória não afasta qualquer processo de cotejo interpretativo que abranja parâmetros implícitos, decorrentes de sua interpretação sistemática e unitária** (grifo nosso)⁹⁷³.

Em seu voto, o min. Celso de Mello qualifica o poder de emenda como prerrogativa deferida ao parlamentar, não derivada do poder de iniciativa, embora constitua projeção do poder de legislar, e sujeito a limites. Afirma que a afinidade lógica é exigência implícita e requisito legitimador da emenda.

Conforme o entendimento da corte, a alteração do texto original da MP não pode incluir matéria estranha, sem afinidade ou conexão temática. A pertinência temática é um fator importante para o equilíbrio do ordenamento jurídico, pois facilita o entendimento e previne contradições entre normas dispersas.

Essa interpretação viria, portanto, para consolidar o normativo que dispõe sobre a elaboração de leis no Brasil, constituindo desfecho lógico da leitura constitucional, da LC nº 95/1998 (art. 7º, II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão) e da Resolução nº 1/2002 do CN, que veda emendas que tratem de matéria estranha à medida provisórias (art. 4º, §4º).

O min. Dias Toffoli, voto vencido, manifestou preocupação em invadir questão *interna corporis* do legislativo, que medida provisória regula matéria de lei ordinária e que não seria possível mensurar o impacto da decisão no controle difuso de constitucionalidade. A alegação do requerente estaria adstrita à legalidade, por guardar relação apenas com a LC nº 95/1998 e a manifestação da corte consistiria em ingerência no poder legislativo. Não poderia se

⁹⁷³ STF. ADI nº 5.127, Inteiro teor. Julgado em: 15.10.2015, DJe 27.10.2015.

proceder à declaração de inconstitucionalidade da prática pela ausência de tratamento constitucional para a questão.

É a associação entre o devido processo legal elencado no art. 5º, LIV ao devido processo legislativo, que seria a correta e regular elaboração das leis que fornece a margem de interpretação ao juiz constitucional na ADI nº 5.127.

A decisão parece contraditória, pois suscita a inconstitucionalidade da prática de emendamento sem pertinência temática, mas não considera inconstitucional o art. 76, objeto da ação, divergindo da relatora quanto à procedência do pedido. O argumento para a preservação de tal contradição pode ser extraído do voto do min. Fachin que, em uma visão consequencialista, alegou o princípio da segurança jurídica para preservar as leis frutos de emendas em projetos de conversão de MP, tendo em vista a prática arraigada de emendamento sem pertinência temática. Trata-se de exemplo da atuação simultaneamente jurídica e política da corte constitucional.

A CNPL interpôs embargos de declaração que, conhecidos, foram rejeitados em 1º de julho de 2016. O relator dos embargos, min. Edson Fachin, aduziu do pedido o inconformismo com o resultado, não sendo cabível dúvida sobre os termos do acórdão, que julgou improcedente a declaração de inconstitucionalidade do art. 76 de Lei nº 12.249/2010.

Apesar das discordâncias entre os ministros e da falta de clareza nos argumentos constitucionais, o STF considerou que as emendas constituem contorno ao processo legislativo ordinário por violarem a boa técnica legislativa e as orientações constantes de outras normas, infraconstitucionais. Desconsiderou-se o fato de que o texto original já era uma composição de temas variados, pouco conectados entre si, e a própria interpretação do Congresso sobre as emendas.

Embora o tribunal considere em sua jurisprudência que não cabe controle sobre interpretação de normas regimentais do Congresso, o julgado da ADI nº 5.127 vai no sentido oposto dessa ressalva. E interfere na capacidade de atuação de deputados e senadores na proposição de projeto de lei de conversão de medida provisória.

A decisão traz (ii) consequências ao direito, constitucional, de emenda dos parlamentares, que terminou cerceado por norma infraconstitucional. O que foi julgado foi o juízo de admissibilidade da emenda feito pelo Congresso, tendo em vista que todo o trâmite constitucional da medida provisória foi seguido.

Primeiro, os argumentos evocam desde o descumprimento do procedimento de correta elaboração das leis até a existência de condições para o exercício do direito de emenda. Segundo, alegou-se violação do devido processo legislativo.

Na ausência de dispositivo constitucional claro, invocou-se durante as discussões uma lei complementar. Contudo, essa lei não tem o mesmo valor de norma constitucional: não pode contradizer a constituição; não é espécie de emenda constitucional, embora desta se aproxime pela matéria e pela exigência de maioria qualificada; e pode incidir em inconstitucionalidade⁹⁷⁴. O min. Fachin lembra em seu voto, inclusive, que o STF tem entendimento consolidado de que lei complementar não pode servir de parâmetro para a análise de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo o dispositivo impugnado confrontar diretamente a constituição, e não norma infraconstitucional⁹⁷⁵.

No controle das leis orgânicas na França, isto é, leis de organização das instituições previstas pela própria constituição e, nesse sentido, comparáveis a uma lei complementar, a jurisprudência é um pouco hesitante quanto à qualidade dessas leis. Embora se imponham ao legislador ordinário, elas mesmas são subordinadas à constituição por estarem lá expressamente previstas. O Conselho Constitucional afirma que devem ser entendidas no quadro da constituição. Se se impõem ao legislador ordinário, subordinadas à constituição, supralegislativas mas infraconstitucionais, não podem ser consideradas como parte do bloco de constitucionalidade que só comporta princípios de valor constitucional⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁷⁵ Cf. ADI nº 2.626, rel. min. Sydney Sanches. Relatora para o Acórdão: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 18.04.2004.

⁹⁷⁶ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 247.

Assim, lei complementar não amarra nenhuma decisão de controle de constitucionalidade que, por óbvio, só se baseia na interpretação da constituição.

Os argumentos dos ministros Fachin e Celso de Mello vão no sentido de limites implícitos ao poder de emenda. Quanto ao primeiro, a vinculação entre requisitos de relevância e urgência e as emendas à medida provisória não é estabelecida constitucionalmente. Assim, a emenda não deve ser avaliada quanto à sua urgência, visto que esta vincula somente o presidente da República no momento da edição da medida, não os parlamentares quando da análise. A relevância, por sua vez, torna-se superada por tratar matéria de lei. Os pressupostos constitucionais para a edição da medida provisória não se misturam às modificações sugeridas pelo projeto de lei de conversão, que é espécie distinta da MP emanada. Ademais, fazem parte do juízo político do Congresso, no qual o controle constitucional só deve intervir excepcionalmente.

A existência de limites implícitos é o mesmo argumento estabelecido na jurisprudência francesa para limitar o direito de emenda dos parlamentares. Pelo controle constitucional, o Conselho definiu que a emenda deve ter relação com o texto original, para descartar os *cavaliers législatifs*, disposições legislativas estrangeiras ao texto original que só estão lá por oportunidade decorrente da tramitação que o governo pode ser tentado a inserir por si mesmo ou através da maioria⁹⁷⁷. Exatamente como os nossos jabutis.

O exercício do direito de emenda deve ter vínculo com o projeto em discussão e que não pode, nem pelo porte nem pelo objeto, ultrapassar os limites inerentes a esse direito⁹⁷⁸. Reiteradamente o Conselho Constitucional afirma que devem ser declaradas nulas de ofício as emendas sem relação temática, destacando que o procedimento de emenda é um procedimento específico e que sempre foi limitado constitucionalmente⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel : les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000, p. 95.

⁹⁷⁸ FAVOREU, Louis (org). *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1994, p. 305-309.

⁹⁷⁹ RENOUX, Thierry S. Comentário sobre a decisão. *Jurisprudence du Conseil constitutionnel. RFDC*, n. 18, p. 353-364, 1994.

Na prática, é algo difícil de avaliar em leis que possuem muitas disposições ligadas por um grande tema e não um assunto bem preciso. Acima de tudo, a teoria dos limites inerentes é fruto de uma leitura duvidosa da constituição⁹⁸⁰.

A emenda tornou-se uma forma de direito de iniciativa limitado, acessório e derivado, pois deve estar ligado ao texto original, conforme a discricionariedade do legislador, mas sujeito ao controle do Conselho Constitucional. Os limites inerentes foram uma criação jurisprudencial, visto que não fazem parte das condições impeditivas de recebimento enunciadas na constituição⁹⁸¹.

A constituição brasileira prevê a limitação das emendas em alguns casos, como aqueles que aumentam despesas, por exemplo, com base nas exigências próprias da orçamentação federal. A limitação por aderência temática não é expressa constitucionalmente. A preocupação com a uniformidade da lei conforme determina a LC nº 95/1998 é pertinente, porém fora do escopo do controle de constitucionalidade, como afirmado pelo min. Dias Toffoli.

Ademais, a afirmação de que permitir o livre exercício do direito de emenda “significa conferir ao parlamentar a titularidade de iniciativa” contradiz a própria natureza da atividade parlamentar. O legislador é sempre titular da iniciativa legislativa, salvo em matérias de iniciativa privativa do presidente da República. Legislar é a sua função, consagrada no texto constitucional. A iniciativa refere-se ao início do processo legislativo e não se confunde com o direito de emenda.

Segundo, alegou-se a violação de um devido processo legislativo, que seria o direito do parlamentar de participar de um processo legislativo que não viole a constituição⁹⁸². Veicular outras matérias no PLV violaria o procedimento constitucional do processo legislativo dos art. 65 e 66⁹⁸³.

⁹⁸⁰ VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 211.

⁹⁸¹ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 229-230.

⁹⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 732.

⁹⁸³ ÁVILA, Humberto. *Medida provisória na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 119.

Sem adentrar na discussão teórica sobre o devido processo legislativo, discorda-se da leitura que coloca o parlamento como vítima de si mesmo.

Desde a obrigatoriedade da análise da comissão mista, as emendas são debatidas previamente e o projeto de lei de conversão é conhecido bem antes de sua votação em plenário. Não há cerceamento do debate por conta de emendas sem pertinência temática. Se há violação da Resolução nº 1/2002 do CN, ela é feita de comum acordo, como ilustrado com os debates em torno do PLV da MP 620/2013 no item 3.2.2. Os jabutis são vistos como oportunidade para regular temas que estão na ordem do dia informal e que encontram vazão por meio da carona que pegam na MP, com concordância de governo e parlamentares.

A violação regimental é suscetível de convalidação expressa ou implícita e o judiciário só deveria intervir se essa violação impediu a manifestação de vontade da Câmara⁹⁸⁴. Não parece ser o caso com esse tipo de emenda que é, inclusive, realizada justamente com o objetivo de manifestar uma vontade do parlamentar que não encontra vazão no trâmite legislativo ordinário.

O STF geralmente não considera em suas decisões a interpretação sobre constitucionalidade dada pelo próprio parlamento⁹⁸⁵.

A compatibilidade da emenda com conjunto da disciplina veiculada em caráter provisório não passava despercebida no próprio parlamento. Em 2009, o então presidente da Câmara dos Deputados foi instado a se manifestar sobre o tema após as questões de ordem nº 478 – rejeição de emendas pelo presidente da casa diante da não instalação de comissão mista para avaliar a matéria –, e nº 480 – rejeição de emenda apresentada à MP nº 460/2009 –, ambas originalmente indeferidas.

Na oportunidade, admitiu que abordavam tema relevante e que os deputados, ao encararem a MP como um projeto de lei, acabam sugerindo muitas emendas que, na verdade, objetivam enxertar na MP projetos de lei já discutidos em algum momento; contudo, dever-

⁹⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

⁹⁸⁵ SILVEIRA, Ramais de Castro. *Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2016, p. 414.

se-ia fazer esforço para encarar a MP na sua originalidade: uma medida excepcionalmente produzida pautada pelos critérios de urgência e relevância. Em sua decisão, considerou a LC nº 95/1998, art. 7º, incisos I e II; a Resolução nº 1, de 2002/CN, art. 4º, § 4º; e o Regimento Interno, art. 125; todos versando sobre a inadmissibilidade de matéria estranha ao objeto do projeto de lei em debate. Sintetiza da seguinte forma: a) serão inadmitidas emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias, aí incluída eventual inserção de matéria estranha pelo relator; b) não instalada a comissão mista, a competência para recusá-las é do presidente da Câmara dos Deputados enquanto tramitar; c) se recusada a emenda, o autor poderá recorrer ao plenário⁹⁸⁶.

A decisão causou queda imediata e abrupta no número de emendas⁹⁸⁷.

Contudo, a prática de colocação de emendas sem vínculo evidente não foi firmemente abandonada, levando o presidente a flexibilizar sua decisão posteriormente, mas o tema não foi esquecido. Já na presidência de Henrique Eduardo Alves, na análise da questão de ordem nº 352, de 2013, no âmbito da discussão da MP nº 621/2013, sobre o Programa Mais Médicos, nova decisão foi proferida no sentido de obrigar nova avaliação da comissão mista da medida provisória, se emendas ou o projeto de lei de conversão contrariassem a regra da afinidade, pertinência ou conexão com o objeto original⁹⁸⁸.

Embora os próprios parlamentares identifiquem problemas com a prática, a consciência sobre a atividade e a crítica *intra corporis* não são suficientes para evitar a estratégia de colocação, e aprovação, com posterior sanção, dos jabutis inseridos. Mesmo objeto de reclamações internas, a tática é empregada abertamente. O desrespeito da regra de afinidade temática denota a dinâmica política do processo legislativo e destaca o efeito

⁹⁸⁶ TEMER, Michel. *Decisão do Presidente de inadmitir emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias*, 2009. Disponível em: <<http://camara.leg.br>>. Acesso em: 25jul.2017. Vide também o discurso proferido em plenário.

⁹⁸⁷ SILVA, Adriano da Nóbrega. *Medidas Provisórias: Delegação Legislativa e Lógica Partidária na Câmara dos Deputados (1988 a 2010)*. 2015. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 92.

⁹⁸⁸ SANTOS, Luiz Alberto. *MP: patinho feio do processo legislativo*. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/25238-mps-patinho-feio-do-processo-legislativo>>. Acesso em: 1.jul.2017.

catalizador do processo legislativo obtido com a MP. Também denota a incapacidade de o parlamento dar vazão às proposições legislativas de sua autoria pelo trâmite regular.

O direito de emenda é entendido de forma ampla pelos parlamentares, dentro da lógica política de oportunidade de aprovação de legislação. E a decisão do Supremo Tribunal, ainda que na forma de advertência ao Congresso Nacional, cerceia a prática parlamentar de emendas sem pertinência temática enquadrando-o no exercício do próprio poder legislativo.

A prática de inserção de outros temas via emenda em medidas provisórias é comum, assim como o é o emendamento em geral. A diferença é que a MP catalisa o processo legislativo por seu trâmite acelerado e se torna altamente atraente para a aprovação de medidas há tempos desejadas pelos parlamentares, mas que se perdem devido ao longo trâmite do processo legislativo ordinário. Assim, a prática de aposição de emendas em projetos de lei de conversão era vista como atendendo aos interesses dos próprios parlamentares.

O direito de emenda é a única forma dos parlamentares contribuírem à fabricação de leis cuja iniciativa lhes escapa⁹⁸⁹, por isso os jabutis em medidas provisórias. Seu retorno decorre de sua utilidade no processo legislativo⁹⁹⁰. São a maneira que o parlamentar encontra de fazer avançar a sua agenda e nem todo jabuti é isento de debate.

Mais do que um problema de pertinência temática em nome da boa técnica redacional, a preocupação deveria estar na garantia do debate, da confrontação de propostas. Havendo pertinência temática, nada impede que a emenda seja apresentada em última hora, em plenário. O relator de plenário em qualquer projeto de lei pode apresentar substitutivo ao próprio parecer de última hora, prática atualmente descabível em projeto de lei de conversão de medida provisória, mas viável nos demais. O efeito é o mesmo alegado na ADI nº 5.127: cerceamento do debate legislativo.

⁹⁸⁹ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Paris : LGDJ, 2016, p. 525.

⁹⁹⁰ SOUSA, Alexandre Trindade de. *Medidas provisórias e pertinência temática: a importância do controle do “contrabando” legislativo como garantia da higidez da produção normativa infraconstitucional*. 2015. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília. 2015, p. 41-42.

Cabe aqui crítica similar à que foi feita sobre consequências da decisão do Conselho Constitucional que optou por um critério subjetivo, de amplitude, para cercear o direito de emenda dos parlamentares, em vez de um critério objetivo temporal, abarcado pela constituição francesa: primeiro, permite que continuem a serem aceitas emendas que não foram debatidas, introduzidas pelo governo em comissão mista por meio de sua prerrogativa exclusiva, fato este verdadeiramente atentatório às atribuições do parlamento, ainda que relacionadas tematicamente. Segundo, o subjetivismo do que se considera inovação que extrapola os limites inerentes ao direito de emenda faz com que o Conselho substitua o seu julgamento pelo do parlamento⁹⁹¹.

O que o STF contesta, portanto, é a legitimidade de o parlamento decidir se determinado assunto deve ou não ser lei naquele momento, eivando de inconstitucionalidade não pelo conteúdo, mas por procedimento que sequer era claramente regulado constitucionalmente à época.

Sem dúvida que a inserção de emendas que pegam carona no trâmite acelerado da medida provisória afeta a qualidade da legislação. Esse ponto foi enfrentado no modelo italiano do *decreti-legge*, que conta com uma comissão de legislação incumbida de analisar a qualidade da norma em discussão, segundo critérios técnicos objetivos, com a função de direção, impulso e estímulo para o reordenamento e simplificação da legislação. A comissão, de composição paritária entre governo e oposição, não discute nem avalia o mérito dos projetos de lei em geral, apenas analisa a clareza e compatibilidade interna e externa, com relação a outras normas, e pode propor aprimoramentos de redação e indicar pontos de atenção⁹⁹².

Uma tal comissão acrescentaria no processo legislativo brasileiro, desde que seu parecer seja de caráter orientador e sugestivo e não constitua obstáculo ao trâmite do projeto. A questão é que existe uma fronteira estreita entre legitimidade e mérito político, que colocará qualquer comissão encarregada de avaliar a legística de um projeto de lei, sua

⁹⁹¹ CARCASSONNE, Guy. A propos du droit d'amendement: les errements du Conseil constitutionnel. *Pouvoirs*, n. 41, p. 163-170, 1987. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Journal-A-propos-du-droit-d.html>>. Acesso em 14jan.2019, p. 169-170.

⁹⁹² MACCABIANI, Nadia. *La conversione dei decreti legge davanti ala Camera dei deputati*. Brescia: Promodis Italia Editrice, 2001.

coerência interna, o lugar que ocupa no conjunto de normas que regem o tema, em desvantagem diante das exigências e contingências políticas que estejam em jogo. O papel desse tipo de comissão tende a ser sobretudo educativo.

Por fim, a decisão traz (iii) consequências para o equilíbrio entre executivo e legislativo no processo legislativo. No processo de conversão de medidas provisórias, ela não traz vantagens ao parlamento com relação ao exercício do poder de legislar pelo executivo. Ao contrário, pode fortalecê-lo ao reduzir o poder de negociação caso a caso dos parlamentares. Reduz-se a possibilidade de usar a emenda como instrumento de cooperação que ampliava o poder de negociação do Congresso na alteração no texto e, portanto, o controle exercido sobre o executivo.

O controle de constitucionalidade das leis sobre seu conteúdo e sobre o processo legislativo com a limitação do direito de emenda pode tanto reforçar o governo em detrimento do parlamento⁹⁹³ ou penalizar o próprio governo⁹⁹⁴.

No primeiro caso, reduz-se o potencial de compensação das emendas sobre o domínio do governo no processo legislativo, mas as emendas mantêm seu valor como forma de compensação pela perda de iniciativa⁹⁹⁵. A pertinência temática pode se tornar argumento para o governo rejeitar determinadas alterações, tanto na fase de negociação quanto na fase de sanção.

A decisão retira parte dos benefícios que o modelo de tramitação de medidas provisórias oferece ao parlamento no arranjo cooperativo existente: a possibilidade de tramitação rápida de suas matérias (a “carona legislativa”), o poder de barganha dos relatores acerca do que pode ser incluído em projetos de lei de conversão, a negociação acerca do texto final com base em emendas sem pertinência temática⁹⁹⁶.

⁹⁹³ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 542.

⁹⁹⁴ RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris : LGDL, 2000, p. 97.

⁹⁹⁵ BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993, p. 506.

⁹⁹⁶ PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 153.

No segundo caso, sendo o governo o maior interessado no processo legislativo, ele perde o espaço de aceleração de outras propostas. Aquilo que o executivo conseguia colocar como *fast-track* teve que ser fragmentado com o impedimento de matéria estranha, o que tem por consequência a multiplicação do número de medidas provisórias emitidas⁹⁹⁷. Em cenário de maior partição temática, tem-se também mais medidas tramitando simultaneamente, o que torna mais complexo o processo legislativo.

Esse tipo de atuação do controle é bastante discutido na França, onde não faltam críticas ao cerceamento do direito de emenda⁹⁹⁸. Limitar a liberdade do parlamentar por meio de jurisprudência cria choque entre o legislativo e o judiciário⁹⁹⁹. A proibição dos *cavaliers* orçamentários, sociais ou legislativos é limitadora para todos os atores do jogo legislativo¹⁰⁰⁰.

Seu objetivo é manter a pressão sobre os parlamentares para os obrigar a disciplinar o trabalho de fabricação e redação da lei, além de permitir eliminar artigos sem precisar julgar seu conteúdo quando o controle é acionado¹⁰⁰¹. A jurisprudência estabelecida permite remover de ofício os *cavaliers*¹⁰⁰².

Após reiteradas censuras pelo Conselho Constitucional¹⁰⁰³, o cerceamento do direito de emenda pela necessidade de pertinência temática enfrentou reação do legislativo na revisão constitucional de 2008. Na ocasião, acrescentou-se que toda emenda era aceitável

⁹⁹⁷ ENTREVISTADO 4, 2018.

⁹⁹⁸ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 230; CARCASSONNE, Guy. A propos du droit d'amendement: les errements du Conseil constitutionnel. *Pouvoirs*, n. 41, p. 163-170, 1987. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Journal-A-propos-du-droit-d.html>>. Acesso em 14jan.2019; FAVOREAU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988; CAMBY, Jean-Pierre. Les limites inhérentes à l'action des pouvoirs publics. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 61-71.

⁹⁹⁹ FAVOREAU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988, p. 146-149.

¹⁰⁰⁰ CAMBY, Jean-Pierre. Les limites inhérentes à l'action des pouvoirs publics. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 61-71, p. 65.

¹⁰⁰¹ ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 528.

¹⁰⁰² DEBBASCH, Charles et al. *Constitution V^e République: textes, jurisprudence, pratique*. 5ª ed. Paris: Economica, 2012, p. 372-373.

¹⁰⁰³ RENOUX, Thierry S. Comentário sobre a decisão. *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*. *RFDC*, n. 18, p. 353-364, 1994, p. 357; VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2ª ed. Paris: PUF, 2017, p. 208-214.

desde que apresentasse elo, ainda que indireto, com o texto (art. 44 da CFr). Contudo, a nova redação também foi usada para censurar emendas¹⁰⁰⁴, reafirmando a consolidação da tendência no Conselho Constitucional.

É temerário a corte constitucional, no afã de reestabelecer o equilíbrio entre os poderes, cercear a ação do próprio parlamento. A limitação das emendas atua contra o exercício da atividade parlamentar. Claro que alguma identidade temática é desejável, mas isso deve ser visto de forma ampla, em esforço negativo de tentar não identificar a correlação, cabendo, neste caso, a autorregulação do parlamento.

Quem interpreta a constituição com força vinculante impõe sua vontade sobre os demais, e essa é uma questão de fundo político que gera tensão entre o judiciário e o legislativo¹⁰⁰⁵.

No Brasil, a prática de inserção de emendas sem pertinência temática não aparenta ter sido de todo abandonada, uma vez que servia aos interesses dos próprios parlamentares. No acompanhamento cotidiano do Congresso, o que se escuta é que a decisão freou a prática dos jabutis; diminuiu, mas não acabou¹⁰⁰⁶. A tentativa de conter o uso da MP como *fast track* apenas torna o parlamento mais cauteloso; a abertura da definição de matéria estranha pode ser entendida restritivamente ou amplamente¹⁰⁰⁷.

Cortes, legislativo e executivo: todos os três estão envolvidos em dizer o que é a lei e nenhum deles tem a supremacia na interpretação constitucional. Todos disputam influência e controle – tal é a natureza da forma republicana de governo¹⁰⁰⁸.

Quando os tribunais possuem a capacidade de frustrar decisões políticas do governo e do parlamento, corre-se o risco de que a decisão da corte não seja respeitada, com prejuízo

¹⁰⁰⁴ AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014, p. 241; CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Decisão n. 2018-761 DC, de 21 de março de 2018.

¹⁰⁰⁵ SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 30.

¹⁰⁰⁶ ENTREVISTADO 3, 2017.

¹⁰⁰⁷ ENTREVISTADO 2, 2017.

¹⁰⁰⁸ FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 359.

para o Estado de Direito, ou que a decisão política seja substituída por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, nada mais é que um ato político de pessoas que não possuem mandato para exercer tal função¹⁰⁰⁹.

Como é inerente nas questões de processo legislativo, quando os atores políticos do processo se unem para descartar a aplicação de uma regra, frequentemente é essa empreitada que prevalece sobre o controle de constitucionalidade¹⁰¹⁰.

A fórmula adotada na decisão, de “cientificação do poder legislativo de que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, *ex nunc*, de que não é compatível com a constituição [...]” evita uma interferência brusca, convida o parlamento a se autorregular e, ao mesmo tempo, deixa abertura de interpretação.

Não obstante, os efeitos da decisão, conforme intentado pelo STF, começam a ser vistos na prática, em processo gradual de adaptação do Congresso Nacional. Antes da ADI nº 5.127/DF, observa-se que 69% dos relatórios apresentados nas comissões mistas de análise de medidas provisórias desde 2014 registram casos de emendas rejeitadas sob a justificativa de não pertinência temática. Depois do julgado, até o final de 2016, o índice sobe para 80%. Na ocorrência da análise ter sido feita de ofício pelo presidente da Câmara dos Deputados, não se verifica alteração: varia de 41% a 48%. No Senado, por sua vez, a análise prévia da pertinência temática passa a ser adotada somente após a ADI, chegando a 87% de rejeição de emendas sob o argumento da inadequação¹⁰¹¹.

A ADI nº 5.127 alterou e redefiniu o equilíbrio institucional dentro do legislativo e entre este e o executivo. Para o parlamento, a consequência é a sua submissão a uma nova regra restritiva do exercício da capacidade de legislar. Para o governo, além da alteração nas condições de negociação do texto do PLV, pode mudar também a prática de produção e sanção das medidas provisórias diante de uma interpretação restritiva. Para evitar a mistura

¹⁰⁰⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018, p. 325.

¹⁰¹⁰ CAMBY, Jean-Pierre. Cinquante ans de droit d'amendement. *Petites affiches*, n. 138, p. 88, 10jul.2008, Disponível em: <Lextenso.fr>. Acesso em: 4dez.2018.

¹⁰¹¹ BOTELHO, E. R. Medida provisória - pertinência temática das emendas: impacto do julgamento da ADI 5.127/DF. *Âmbito Jurídico*, v. XX, n. 123, p. 2014-2017, 2017.

de temas desde a origem, pode optar por edição de MPs mais circunscritas. Isso não significa necessariamente menos medidas emitidas.

O principal impacto da decisão do tribunal é o alçamento dessa jurisprudência ao texto constitucional vedando as emendas sem conexão, pertinência ou afinidade temática com a medida provisória pela emenda constitucional. O legislativo submete-se ao poder de interpretação constitucional da corte. A dúvida daqui por diante é se, em sede de controle de constitucionalidade, o julgamento sobre a emenda, isto é, a discricionariedade de interpretação do parlamento, será ou não considerada matéria *interna corporis*.

Qualquer que seja o prisma, não se vislumbra como a limitação das emendas possa favorecer o próprio legislativo e o processo deliberativo democrático. Esse era, afinal, um dos argumentos na decisão do STF que tornou obrigatória a análise e parecer da comissão mista nas medidas provisórias e que parece contradito com essa nova decisão, tomada menos de três anos depois.

Conclusão do capítulo

O controle de constitucionalidade sobre a legislação extraordinária oferece os contornos jurídicos da interpretação constitucional e se soma ao controle exercido pelo parlamento, focado no debate político. A atuação do Supremo Tribunal Federal também se reveste de elementos políticos, pois interfere no equilíbrio do arranjo institucional ao revisar e corrigir as práticas institucionais para elaboração da legislação. É controle que foca na balança de poderes entre executivo e legislativo, entre maioria e minoria, e na forma como se dá o compartilhamento da função de legislar entre governo e parlamento.

Por meio do controle de constitucionalidade da medida provisória, as regras constitucionais têm sido complementadas por alterações no procedimento. Em especial, ajusta-se o trâmite interno ao parlamento e a apresentação de emendas, ao mesmo tempo em que se preserva a discricionariedade do presidente na definição dos requisitos de relevância e urgência.

Cada manifestação judicial possui impacto na dinâmica de relacionamento entre executivo e legislativo durante o trâmite da medida provisória e juntas, formam o quadro de um novo equilíbrio de papéis. Com elas, o Supremo realiza duas das três funções de controle interórgãos possíveis: controle de constitucionalidade propriamente dito e arbitragem.

A decisão proferida, contudo, sempre acarreta consequências políticas na organização da dinâmica de interação entre os órgãos executivo e legislativo. Ao realizar o controle constitucional, o STF altera os parâmetros do controle político do parlamento, com resultados distintos em cada ação.

Ao referendar a discricionariedade dos requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória, a corte deixa o campo livre para atuação na arena parlamentar, e o Congresso exerce sua crítica à ausência desses pressupostos. Excepcionalmente ocorrerá a intervenção da jurisdição constitucional para condenar vícios. Estes, para serem auferidos quanto à constitucionalidade, precisam ser objetivados no caso. Precisam perder, em alguma medida, seu caráter político, revestindo-se primordialmente de caráter jurídico sobre o qual a corte possa julgar.

Por outro lado, a jurisprudência sobre o processo legislativo da medida provisória assinalada nas ADI nº 4.029 e nº 5.127 realiza alteração substancial no controle do parlamento durante o procedimento de análise e tramitação. Nos dois casos, foram atacados os procedimentos internos escolhidos pelo Congresso para cuidar do trâmite legislativo de conversão da medida provisória em lei.

Primeiro, com a declaração de inconstitucionalidade da substituição da análise da comissão mista por análise em plenário. A intolerância face à supressão da comissão mista tinha como objetivo colaborar com o deslocamento do equilíbrio para o legislativo, fortalecendo-o em seu papel de análise.

Os resultados, contudo, podem favorecer um e outro. Por um lado, a obrigatoriedade de análise pela comissão mista traz vantagem ao governo, pois permite mais previsibilidade sobre as alterações a serem feitas no texto original em razão da apresentação do parecer com antecedência e cerceamento das alterações em plenário. Por outro lado, dá vantagens ao parlamento: aumenta as possibilidades de alteração no texto original, o poder de obstrução

na comissão mista e a previsibilidade sobre a pauta de votação. O presidente da casa pode organizar a votação das MPs que já contam com parecer e assim gerenciar o bloqueio da pauta. Institucionalmente, o Congresso é reforçado e o governo precisará contar com a articulação política para concluir com sucesso o procedimento de conversão da medida provisória.

Segundo, a decisão sobre a pertinência temática das emendas vai no sentido contrário do fortalecimento do legislativo, pois cerceia o direito de emenda dos parlamentares. Argumenta-se limites inerentes a esse direito e obrigatoriedade de cumprir com o devido processo legislativo, porém sem base constitucional clara. A inserção de jabutis boa técnica não é, mas é, fundamentalmente, constitucionalmente, ilegítimo?

Ao encarar as emendas jabuti como contorno do processo legislativo ordinário sob a ótica jurídica, o STF deixa de perceber a função que exercem no processo legislativo. Em que pese a necessidade de harmonia técnica na redação das leis, as emendas sem vínculo temático claro eram a forma dos parlamentares contornarem a lentidão do trâmite ordinário. Também serviam como técnica de negociação com o governo. O debate entre os próprios parlamentares já se encarregava de coibir a prática muitas vezes, do que se conclui que o que passava era porque era aceito no parlamento.

Embora estabeleça orientação prática, a jurisprudência não afasta a ocorrência de emendas sem identidade com o texto original e não tem a mesma força que a declaração de inconstitucionalidade sobre a dispensa da comissão mista. Se for do interesse político, os legisladores encontrarão espaço para emendar conforme sua própria avaliação de pertinência. Se contarem com a colaboração do executivo no momento da sanção, restará apenas a possibilidade de acionamento da corte que, como ente passivo que é, pode ver a continuidade da prática sem poder sancioná-la.

No conjunto, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as medidas provisórias ilustram o impacto do controle de constitucionalidade no compartilhamento da função legislativa entre o presidente e o Congresso. Elas promovem reacomodação de forças e da capacidade de atuação do parlamento.

CONCLUSÃO

Caduca e ultrapassada. Essa foi a afirmação, forte, feita no início deste trabalho sobre a separação de poderes atualmente, que foi superada pelo protagonismo crescente do governo no exercício da função de legislar, com o paulatino deslocamento do poder legiferante do parlamento para o governo. É um cenário no qual cresce a importância da atuação corretiva dos demais poderes, objetivando a manutenção do equilíbrio entre eles.

Demonstrou-se, ao longo desta tese, que os parâmetros iniciais da teoria clássica da separação de poderes que serviram de fundação para o Estado Moderno e, conseqüentemente, para o constitucionalismo, evoluíram para a diluição das fronteiras e para o compartilhamento da função de legislar. A organização tradicional de órgãos executivo, legislativo e judiciário continua válida. Não como dogma do arranjo político-constitucional, mas sim como sinônimo de divisão de tarefas entre autoridades distintas. Da doutrina clássica, resta a importância do equilíbrio entre as faculdades de estatuir e impedir, entre legislar e controlar.

A função de legislar sempre esteve no centro das preocupações da tripartição de funções e permanece como essencial para as tarefas estatais. O que ocorre é o deslocamento para o órgão executivo, que imbuído da função governamental, precisa impulsionar o processo legislativo. Governo e parlamento partilham, cada vez mais, a função de legislar.

Os dois elementos descritos por Montesquieu, a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir, encontram-se redistribuídos. O governo comanda a faculdade de estatuir e, para a garantia do equilíbrio, os demais poderes devem ser aptos a exercer, sem constrangimento, a faculdade de impedir. Impedir significa controle. Se estatuir é tarefa catalisada pelo executivo, impedir passa a ser o mote da atuação do legislativo e do judiciário. Cabe ao legislativo impedir construtivamente, revisando a legislação proposta pelo governo, aprimorando-a, emendando-a, corrigindo o que for necessário e, eventualmente, impedindo a conversão em lei de propostas inadequadas ou que não estão maduras o suficiente para entrar no ordenamento jurídico. E ao judiciário atuar como instância de controle excepcional das normas constitucionais que regulam a função de legislar.

O cuidado deve ser a manutenção do equilíbrio entre executivo e legislativo: que o executivo seja capaz de impulsionar o processo legislativo e que o legislativo seja capaz de atuar em parceria. Isso porque a faculdade de estatuir engloba tanto a impulsão inicial como a ação corretiva, revisora da iniciativa tomada por outrem. No caso da legiferação de urgência existente no Brasil, significa a partilha na elaboração normativa, a junção da proposta governamental com o debate e a elaboração parlamentar.

A faculdade de impedir, por sua vez, não deve ser simplesmente negativa com o veto, que apenas bloqueia a emissão de lei, mas também construtiva, isto é, combinar o elemento de controle com o elemento de movimento. Aí se encontra a atualidade da misteriosa frase “obrigados a ir de concerto” de Montesquieu. Não se trata de salvar o teórico nem a validade da separação de poderes, mas sim de progredir no entendimento da complexidade da organização política na qual os instrumentos jurídicos devem servir.

Em vez de criar mecanismos que reforcem a separação em nome de um dogma de que cabe ao parlamento o exercício exclusivo da função legislativa, deve-se estar atento para criar os mecanismos que colaborem para o exercício compartilhado dessa função entre governo e parlamento. A saúde do sistema repousa em arranjo no qual cada um possa exercer sua tarefa: o governo, de impulsionar conforme o desejo das urnas; o parlamento de colaborar com a multiplicidade de visões que representa. Função nobre e essencial para o equilíbrio democrático. Por vezes, a colaboração será impedir a proposta do executivo, refazendo o julgamento da necessidade de interferência no ordenamento jurídico. Outras vezes, será o emendamento do texto para que se alinhe a perspectivas vocalizadas no parlamento.

A realidade da tripartição de funções nas democracias contemporâneas é o aumento da participação do executivo-governo no processo legislativo. Ou isso é feito institucionalmente, mediante instrumentos formais de participação do executivo no processo legislativo, como iniciativa de lei, controle da ordem do dia, emendas em comissão e plenário, entre outros, especialmente usados em sistemas parlamentaristas, ou isso será feito por mecanismos extraconstitucionais, como nos Estados Unidos.

O presidencialismo norte-americano, o parlamentarismo francês, e o presidencialismo brasileiro, aqui utilizados como ilustração e fonte de estudo sobre o poder de decreto do

executivo, são comumente conhecidos e tratados como governos fortes, nos quais o executivo é tido como proeminente em relação ao legislativo na sua capacidade de fazer leis. Foram trazidos exemplos de que são fortes justamente porque compartilham a função legislativa. Na França, em particular, todos os instrumentos que favorecem o executivo são os mecanismos do parlamentarismo racionalizado combinados à delegação legislativa.

Seja qual for o sistema, sempre existem instrumentos jurídicos capazes de dotar o governo de alguma autonomia sobre o parlamento e assim, legislar e conduzir a elaboração normativa. No presidencialismo, quando os instrumentos jurídicos se combinam a uma maioria favorável, disciplinada e obediente, o presidente torna-se o centro de impulsão do sistema. Criam-se condições similares a um sistema parlamentarista. Nos Estados Unidos, em especial, a inexistência de prerrogativas constitucionais explícitas para participação do presidente no processo legislativo é compensada por influência política e criação de brechas jurisprudenciais para delegações legislativas e exercício do poder de decreto.

O papel dos partidos é relevante em todos os cenários, mais será ainda maior onde o governo não for capaz de lutar, dentro das regras estabelecidas constitucionalmente, contra a instabilidade do parlamento. Tal instabilidade é estrutural e conjuntural: é estrutural quando o sistema de recrutamento favorece a fragmentação, e é conjuntural em decorrência do ambiente político mutável.

No Brasil, é marcante a forte cooperação que deve existir para avançar a agenda legislativa iniciada com a edição de uma medida provisória. Elas foram escolhidas como símbolo do compartilhamento da função de legislar no Brasil por serem, simultaneamente, poder de decreto e instrumento *sui generis* de proposição normativa que representa a prerrogativa governamental de comandar o processo legislativo. Elas são, há décadas, a principal forma de iniciativa legislativa do presidente.

O governo inicia o processo legislativo e se prepara para articular e negociar, em ritmo acelerado, diante de um trâmite regulado constitucionalmente sob o controle do parlamento. O legislativo, a seu turno, desempenha bem o papel de controle, de refinamento e alteração das propostas apresentadas.

O Congresso apropria-se do texto e controla a atividade do executivo. As regras constitucionais dão poderes suficientes para o legislativo reequilibrar e corrigir os problemas da delegação de poder de legislar ao executivo e aumentam a dependência do governo ao processo de negociação política. Por fim, as decisões do Supremo Tribunal Federal, como órgão de controle da relação entre executivo e legislativo, complementam os dispositivos constitucionais e mudam a relação de forças entre os órgãos políticos.

A dinâmica organizada entre governo e Congresso em torno das medidas provisórias é feita com base em regras constitucionais concretas, específicas e delimitadas que permitem seu funcionamento como projeto de lei *sui generis*. Tal característica colabora para superar os problemas de uma maioria indisciplinada e instável que torna potencialmente caótica a atuação do governo em um arranjo formalmente presidencialista. A base são as instituições.

O recurso à medida provisória não retira de sua função nem subordina o Congresso Nacional. É preciso entender que a função legislativa evoluiu desde a criação do Estado moderno e que sua concentração no governo é um processo inexorável. Ao mesmo tempo, deve-se garantir maior liberdade aos parlamentares para legislar, ao lado do governo. Isso é feito pelas emendas ao texto original, pela autonomia para optar pela não votação e consequente extermínio da proposta, pelo controle exercido sobre a agenda do executivo. Tudo isso é garantido no processo legislativo da medida provisória.

A medida provisória opera, portanto, uma balança de poderes sensível: por um lado, dota o governo de meios para superar as dificuldades do trâmite legislativo; por outro, permite a ampla participação do legislativo na elaboração normativa, visto que este pode alterar completamente o texto, desde que mantenha a temática, pode rejeitá-lo, pode se recusar a votá-lo, não sofrendo restrições distintas daquelas aplicadas ao processo legislativo ordinário. Não há abdicação de envolvimento do Congresso.

As alterações são comuns e afetam 62% das medidas provisórias convertidas em lei. O parlamento se apropria do texto e faz amplo uso de suas prerrogativas de emenda. O texto original sai modificado, aprimorado em seu conteúdo, por vezes ampliado com propostas dos congressistas que não encontravam espaço no trâmite regular e aquelas que embarcam de carona, do interesse do executivo ou do legislativo. O projeto de lei de conversão tem vida

própria, o que implica negociação e cooperação interinstitucional para sua aprovação. A lei convertida representa a conjugação da iniciativa e proposta governamental com a reeleitura e apropriação pelo Congresso.

O que a análise em torno das medidas provisórias demonstra é o fortalecimento do legislativo, que é quem detém o controle real do processo legislativo. Vários elementos políticos entram na equação, obviamente, mas cumpre destacar apenas os elementos político-jurídicos que podem ser usados pelo Congresso: aceitação dos requisitos de relevância e urgência, técnicas de obstrução da votação que contornam a obrigatoriedade de inclusão na pauta, substitutivo ao texto, rejeição do texto, revogação de veto ao texto. Desses cinco, quatro podem ocorrer em dobro, isto é, tanto na Câmara quanto no Senado. Com tantos instrumentos em mãos, o controle do parlamento sobre o poder de legislar do presidente da República é significativo.

Porém, as regras constitucionais não podem ser vistas isoladamente. Há interação entre as regras e o arranjo político-partidário¹⁰¹². O sistema presidencialista multipartidário tende a gerar governos de minoria. Para superar esse impasse que leva a bloqueios na relação executivo e legislativo, a medida provisória atua como catalizador do processo legislativo que permite dar vazão à implementação de políticas públicas.

A organização partidária da Câmara e do Senado tem papel fundamental para a conversão das medidas provisórias em lei. Todos os instrumentos de gestão do trâmite legislativo estão nas mãos do Congresso e o governo conta apenas com a articulação política com sua base de apoio. Momentos de boas relações entre executivo e legislativo colaboram para a tranquilidade do trâmite, sem impedir a oposição de recorrer a estratégias de obstrução. Embora tenham sido raras as ocasiões, existe a possibilidade concreta da reversão da iniciativa. O sucesso do governo só é obtido em parceria o parlamento.

¹⁰¹² A codependência entre o arranjo constitucional e o político pode ser assim resumida: “Quem conhece o direito constitucional clássico e o ignora o papel dos partidos possui uma visão falsa dos sistemas políticos contemporâneos; quem conhece o papel dos partidos e ignora o direito constitucional clássico possui uma visão incompleta, mas exata dos regimes políticos contemporâneos”. Vide DUVERGER, Maurice. *Les parties politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, 1951, p. 388.

Pode-se questionar por que o executivo prefere a medida provisória como instrumento legislativo em detrimento de projetos de lei com urgência. Entre os dois há diferença fundamental e evidente: a MP já nasce vigente e tem prazo para ser convertida em lei. Essas são as características que induzem a cooperação do parlamento. Há uma lei em vigor, ainda que precária, não uma expectativa de lei. É verdade que há custos políticos de reversão, mas eles variam caso a caso. Medidas de estímulo econômico, por exemplo, levam tempo para serem plenamente efetivas. Tributárias idem, devem cumprir prazo legal, sejam impostos ou contribuições. Um projeto de lei é apenas uma expectativa, por melhor que seja a proposta. A medida provisória é legislação concreta, que mobiliza os atores que não desejam perder a oportunidade que representa: o risco de perder mobiliza mais do que a expectativa em ter.

Com taxa de conversão de 83% no geral, e de 78% excluindo-se as medidas orçamentárias, sem conteúdo normativo real, a medida provisória é o veículo mais efetivo para a implementação da agenda legislativa do governo. A discricionariedade dos critérios de relevância e urgência, validados cotidianamente pelo controle do Congresso, e excepcionalmente censurados pelo controle do Supremo Tribunal Federal, permite sua aplicação em variadas situações. A média de quatro medidas editadas por mês entre setembro de 2001, após a revisão constitucional do art. 62, e o final de 2015 denota sua utilização como indutor do processo legislativo.

A legiferação de urgência une efetivamente a produção legislativa parlamentar com a governamental. O processo de conversão da medida provisória evidencia a parceria na função de legislar e denota a diluição das fronteiras entre executivo e legislativo. A realidade do governo contemporâneo é o controle do parlamento como contrapeso à concentração de iniciativa legal nas mãos no presidente da República, com ambos colaborando, compartilhando a função de legislar. No que este controle político falhar, deve haver espaço para o controle jurisdicional.

O segundo controle, agora sobre ambos, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Por serem dois órgãos compartilhando a mesma função, deve-se zelar para que respeitem as regras do jogo. A tarefa de árbitro é das mais delicadas, pois deve garantir a capacidade de impulsão por um e o debate, o controle, a reformulação, o refinamento e a contradição pelo outro.

Por meio do controle de constitucionalidade da medida provisória, o Supremo Tribunal Federal complementa as regras constitucionais de análise e trâmite, interferindo no equilíbrio do arranjo institucional. Em especial, ajusta-se o trâmite interno ao parlamento e a apresentação de emendas, ao mesmo tempo em que se preserva a discricionariedade do presidente na definição dos requisitos de relevância e urgência. A decisão proferida, baseada em critérios jurídicos, possui impactos políticos.

O presidente tem preservada sua esfera de discricionariedade dos requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória e o Congresso realiza o controle político. Excepcionalmente o judiciário intervirá, particularmente com a objetivação dos critérios de urgência.

Quanto ao processo legislativo da medida provisória, a corte revê os procedimentos internos do parlamento com as ADI nº 4.029 e nº 5.127. Com primeira, realizada alteração substancial do trâmite ao proibir a substituição do parecer da comissão mista, previsto ao art. 62, §9º da CF, por parecer proferido diretamente em plenário. Tal decisão fortalece o Congresso na avaliação e modificação do texto original, permite a divulgação prévia do parecer, e aprimora a capacidade de obstrução da oposição, que passa a contar com mais recursos de postergação do debate.

Com a segunda decisão, sobre a vedação de inclusão de emendas sem pertinência temática com o texto original, cerceia o direito de emenda dos parlamentares. A forma como foi enunciada, de cientificação ao Congresso Nacional de que a prática não é compatível com a constituição deixa margem de interpretação e não tem a mesma força que a declaração de inconstitucionalidade sobre a dispensa da comissão mista. Se for do interesse do parlamento, os legisladores encontrarão espaço para emendar conforme sua própria avaliação de pertinência, pois esse tipo de avaliação é, em grande medida, uma avaliação de conveniência e mérito político.

Maior controle do parlamento sobre a coerência interna e externa do normativo aumentaria a qualidade da legislação. Porém, por estar na fronteira entre correção técnica e vontade política, a única forma de se abolir as emendas jabuti é a autodisciplina do Congresso, que sempre esteve consciente da inadequabilidade da prática. Nesse sentido, sugere-se a

adoção de comissão de qualidade da legislação similar ao adotado na Itália, para todos os projetos de lei. O cuidado em relação às medidas provisórias é que tal comissão não se torne mais um ponto de obstrução ao trâmite, que deve permanecer dentro dos prazos legais atuais.

No conjunto, as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as medidas provisórias promovem acomodação de forças e da capacidade de atuação do parlamento, afetando o compartilhamento da função legislativa entre o presidente e o Congresso.

Outras questões importantes relativas ao compartilhamento da função de legislar entre o executivo e o legislativo no Brasil constituem agendas de pesquisa futura: os demais mecanismos de controle do parlamento sobre a ação do governo, como a sustação de decretos e regulamentos em geral; as vantagens e desvantagens da comissão mista temporária e sua possível substituição por comissão permanente; a melhoria da qualidade normativa após a proibição das emendas sem pertinência temática; os demais instrumentos constitucionais que colaboram para a diluição das fronteiras entre executivo e legislativo e garantem limites à atuação do primeiro; a governabilidade nas mãos no parlamento e não o contrário. A própria atuação no Supremo Tribunal Federal pode dar ensejo a outra tese investigando em que medida a dimensão política é realmente sopesada antes das decisões que afetam o funcionamento interno do Congresso Nacional e sua relação com o executivo.

É importante abandonar o mito da separação de poderes como referencial para a repartição de tarefas ente executivo e legislativo. Há muito ele não diz nada sobre o bom funcionamento do governo. É preciso enxergar o arranjo constitucional brasileiro a partir dos instrumentos e prerrogativas que consagra a cada uma das autoridades no processo legislativo. Seja qual for o sistema, o governo precisa de instrumentos jurídicos, para além do sistema partidário e da barganha política, para implementar suas políticas. Não existem políticas públicas sem lei, e não existe ambiente democrático de criação de leis sem a partilha e a colaboração estreita entre governo e parlamento na função de legislar.

EPÍLOGO

No momento em que esta tese estava sendo finalizada, o Congresso Nacional aprova uma proposta de emenda constitucional (PEC 91 de 2019 no Senado Federal e PEC 70 de 2011 na Câmara dos Deputados) alterando parte do rito de tramitação das medidas provisórias. A aprovação foi extremamente rápida, atropelando o prazo constitucional de cinco sessões entre a votação de um turno no Senado. De autoria do então senador José Sarney, a proposta sofreu várias alterações na Câmara e estava parada desde 8 de agosto de 2017, quando a discussão em primeiro turno foi adiada em face do encerramento da sessão, conforme informação da ficha de tramitação disponível no site da Câmara dos Deputados. A discussão foi retomada em 5 de junho de 2019, com aprovação de emenda aglutinativa com nova redação e os dois turnos de votação realizados no mesmo dia. Foram 394 votos favoráveis e uma abstenção. Isto é, com folga em relação ao quórum de três quintos. No dia seguinte foi lida e recebida no Senado, e o parecer apresentado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no dia 7. Com emendas de redação, o parecer foi reformulado e apresentado no dia 12 pela manhã. A matéria seguiu para o plenário na tarde do mesmo dia e foi incluída na pauta da sessão ordinária iniciada à noite. Os dois turnos de votação foram realizados e a matéria aguarda promulgação.

Para os efeitos da análise empírica realizada, a nova emenda constitucional não traz consequências. A avaliação preliminar da nova disciplina apronta três elementos: a) acaba com a prorrogação da vigência e a condiciona ao cumprimento das etapas de análise na Câmara e no Senado; b) reduz os efeitos de trancamento da pauta, condicionando-o a decurso de prazo após o recebimento em cada casa; e c) incorpora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em duas ações diretas de inconstitucionalidade discutidas no capítulo 4, a primeira quanto à obrigatoriedade da análise da comissão mista e a segunda quanto à vedação de apresentação de emendas sem pertinência temática com o texto original incorporadas no projeto de lei de conversão.

A nova reforma do art. 62 aprofunda ainda mais a participação do parlamento, aumentando o controle exercido sobre a legislação de urgência e sua autonomia face ao

executivo. Ela enfrenta parte das dificuldades da reforma anterior, resultante da emenda constitucional 32 e discutidas no item 3.1.2, como os efeitos do sobrestamento da pauta e o pouco tempo de debate consignado ao Senado, e reforça a atuação da comissão mista.

O prazo de vigência foi a alteração mais significativa da reforma empreendida pela Emenda Constitucional 32 (EC 32) e é também o principal ponto desta nova reforma. Os cerca de 120 dias de vigência, que poderiam ser esticados em período de recesso do Congresso, podem ser reduzidos com a nova redação do §3º. O novo texto elimina a prorrogação após 60 dias e vincula a eficácia da medida provisória ao prazo de votação em cada casa. O novo primeiro passo será a elaboração e aprovação obrigatória do parecer em comissão mista em até 40 dias contados do segundo dia útil da edição da medida provisória. Após o parecer, a Câmara dos Deputados terá prazo máximo de 40 dias para ultimar a votação. Dessa forma, a perda de vigência ocorrerá em 82 dias se o parecer não for votado na Câmara. A eficácia da medida pode ser reduzida em 30 dias considerando o regime atual.

A perda de vigência também decorrerá se, uma vez aprovada na Câmara, não for ultimada a votação no Senado nos 30 dias seguintes, isto é, em cerca de 112-114 dias após a edição. Se forem apresentadas emendas ao texto aprovado na Câmara, o texto volta para a apreciação desta, com a invalidação da medida provisória se a votação não for concluída em mais 10 dias, contados a partir do segundo dia útil. Ou seja, cumpridas todas as etapas com sucesso, apenas no caso de emendas do Senado ao texto aprovado na Câmara, a perda de vigência por decurso de prazo de votação ocorrerá nos cerca de 120 dias atuais. Se a votação não se ultimar nas etapas anteriores, a perda de vigência poderá ocorrer desde cerca de 80 dias após a edição da medida provisória.

A principal consequência dos novos prazos para a perda de vigência atrelados à votação em cada uma das casas do Congresso Nacional é o aumento da dependência do executivo ao processo de articulação e negociação a cada etapa do trâmite da medida provisória. Além disso, com a fixação da contagem dos prazos a partir do segundo dia útil, finda a possibilidade de se recorrer ao artifício de só contá-los prazos após a leitura em plenário. Pelo regime vigente desde a EC 32, a perda de eficácia por não votação costuma ocorrer na Câmara e na comissão mista, com a falta de quórum para a apreciação do parecer o empecilho principal e têm crescido nos últimos anos (vide item 3.3.2). Não obstante, ela não

tem significado necessariamente controle negativo exercido por manobras de obstrução por parte da oposição ou falta de acordo em torno do texto e não constituiu, até o momento, obstáculo para o governo dar seguimento à proposta com outras estratégias legislativas.

Quanto às novas regras de sobrestamento da pauta, o §6º do art. 62 foi objeto de constantes polêmicas, pois o trancamento da pauta por conta do prazo de análise das medidas provisórias supostamente comprometeria a autonomia do Congresso. Mesmo sem alteração constitucional, os efeitos do trancamento foram sendo constantemente reduzidos ao longo dos últimos anos, culminando na nova redação que o reduz significativamente e incorpora textualmente o que já vinha sendo praticado desde 2012 com respaldo jurisprudencial.

Se antes ocorria em 45 dias, agora só ocorrerá em 30 dias após o parecer da comissão mista. Se esta possui 40 dias para emitir o parecer, e a Câmara mais 40 dias para votá-lo, a pauta só ficará trancada na casa por 10 dias. E a pauta do Senado somente 20 dias após o recebimento da proposta da Câmara, igualmente por 10 dias diante dos 30 que possui para ultimar a votação. Eventuais emendas do Senado ao projeto de lei de conversão já voltam trancando a pauta da Câmara.

O Congresso ganha mais espaço para aprovar a própria pauta legislativa, pois os efeitos do trancamento da pauta são reduzidos, dando mais liberdade no manejo das pautas das demais votações aos presidentes da Câmara e do Senado. A Câmara passa a ter mais tempo de pauta desobstruída: de 45 dias, passa a 70. A efetividade vai depender da combinação dos prazos de múltiplas medidas provisórias em tramitação. Somente a aplicação prática dirá se a nova regra é capaz de, ao mesmo tempo em que concede mais tempo de pauta livre para o legislativo, significa aprovação de legislação e manutenção dos efeitos de indução à cooperação ente executivo e legislativo.

O terceiro ponto alterado no art. 62 é trazer para o § 9º a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de 2015 sobre a obrigatoriedade de manifestação da comissão mista, acrescentando o prazo de 40 dias com o objetivo de reduzir o tempo de tramitação na Câmara dos Deputados e possibilitar mais tempo de análise ao Senado, ponto sensível desde a EC 32.

A diferença é que, com o prazo, que inclui a etapa de apresentação de emendas, o tempo de análise, elaboração e votação do parecer torna-se mais restrito. Não se define a

priori o que ocorrerá caso ocorra obstrução da votação do parecer. A MP perderá a vigência? É bem possível que sim tendo em vista o que ocorre atualmente. Como apontado na tese, a comissão mista aumenta a capacidade de obstrução da oposição e a multiplicidade de comissões simultâneas coloca o desafio de quórum em cada uma delas. Esse ponto não foi abordado nesta reforma de 2019.

Por fim, outra questão tratada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e incorporada como o quarto ponto de modificação no art. 62 é a inclusão de § 13 vedando emendas ao projeto de lei de conversão de medida provisória que contenham matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão. Tal acréscimo sacramenta constitucionalmente o cerceamento do direito de emenda na legislação de urgência, fornecendo o dispositivo que faltava textualmente para embasar a decisão tomada no âmbito na ADI nº 5.127. Daqui por diante, fica expressa a vedação aos jabutis sem margem de questionamento sobre a disciplina constitucional.

Os jabutis eram caroneiros no processo legislativo acelerado de votação e conversão em lei das medidas provisórias e serviam a interesses tanto do Congresso quanto do governo, ainda que contrariassem a Lei Complementar nº 95/1998 e os regimentos internos das duas casas do Congresso.

Se antes inexistia claramente a vedação constitucional, agora sua existência possibilita que a ocorrência de acréscimos sem pertinência ou conexão com o texto original da medida provisória enseje veto presidencial do dispositivo e, na sua ausência, questionamento no STF. A corte poderá eliminar, quase de ofício, esse tipo de emenda, assim como faz o Conselho Constitucional francês. A diferença é que aqui será feito após a conversão em lei e lá é feito antes da promulgação. Ainda que contribua para a coerência e qualidade da lei, limita a produção legislativa parlamentar e reforça o controle da pauta legislativa pelo executivo.

No geral, a nova redação do art. 62 tem o potencial de aumentar o controle do Congresso Nacional sobre as medidas provisórias em dois sentidos: a) reduzindo o prazo de vigência e permitindo que mais MPs possam perder a eficácia no caso de não votação, tendência que vem crescendo nos últimos anos; e b) incentivando as modificações e alterações na redação original, uma vez que o prazo reduzido de vigência pode operar para

aumentar o poder de barganha dos congressistas junto ao executivo, que se enfraquece no processo negocial. Esses são elementos que dependem da combinação entre o texto constitucional e as práticas políticas. O poder legiferante da medida provisória pode variar conforme a configuração das relações políticas, o que se afirma em vários momentos nesta tese.

Com a nova redação sobre os procedimentos de análise das medidas provisórias, o Congresso Nacional tem ainda mais controle sobre o trâmite legislativo, o que faz com que o executivo precisa contar com a articulação e negociação para manutenção dos textos. Somente a dinâmica a ser estabelecida nos próximos anos e próximos governos dirá como fica a balança de funções. Não obstante, estima-se que o arranjo institucional tende a favorecer o parlamento, aprofundando o movimento que já se encontrava em marcha.

As amarras são colocadas muito mais sobre o parlamento do que sobre o executivo, mas por se referirem ao trâmite, é o segundo que pode ser prejudicado na capacidade de legislar por medida provisória ou iniciar o processo legislativo por este instrumento. Como projeto de lei *sui generis*, perde parte da atratividade visto que a reforma diminui o espaço de vigência e aprimora a dependência do executivo sobre o processo de negociação, sem lhe oferecer ferramentas de interferência. A importância da política é realçada, pois o novo texto reforça a importância da mobilização de apoio e quórum para a aprovação das medidas emanadas e aumenta o risco da perda pela não aprovação.

Da parte do controle de constitucionalidade, quando a jurisprudência é alçada à qualidade de emenda constitucional, o papel de controle da corte é favorecido. Este parece ser o caso sempre que se opera alteração na redação da disciplina da legislação de urgência. Consequentemente, aumenta o incentivo do tribunal para atuar no controle da atuação do parlamento.

A emenda recalibra mais uma vez o sistema, detalhando constitucionalmente o trâmite de análise, o que amplia as possibilidades de controle do parlamento sobre a legislação de urgência e de acionamento do Supremo Tribunal Federal para verificar o cumprimento dos dispositivos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *A separação de poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

ABREU JÚNIOR, Diogo Alves de. *Medidas provisórias: o poder quase absoluto*. Online. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 634-725, 2000.

ALBERT, Richard. The fusion of presidentialism and parliamentarism. *American Journal of Comparative Law*. Boston College Law School Legal Studies Research Paper, v. 57, n. 190, p. 531-577, 2009.

ALMEIDA, Acir. Informação, delegação e processo legislativo: a política das medidas provisórias. *Textos para discussão IPEA*, Brasília/Rio de Janeiro, n. 1933, fev. 2014.

_____. Processo legislativo: mudanças recentes e desafios. Notas de Pesquisa IPEA. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 7, p. 46-47, jan/jun. 2015.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, la politique et l'histoire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos. M. A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito. *Revista do CAAP*, v. 2, n. 3, p. 243-257, 1997.

AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Comentários ao Art. 62. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alli. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018,

_____. *Medida provisória: edição e conversão em lei - teoria e prática*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Medida provisória na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um balanço de 1988 a 2008. In MENDES, G. F. et alli. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. E-book. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Dados*, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2001.

ANINAT, Cristóbal. Balance de poderes legislativos en Chile: ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo? *Política*, v. 47, p. 127-148, 2006.

ARAÚJO, Suely M. V. G.; SILVA, Rafael Silveira e. Reflexões e Novas Agendas de Pesquisa para os estudos legislativos no Brasil. *Revista Iberoamericana de Estudos Legislativos*, v. 2, n. 2, p.58-74, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/riel/article/viewFile/5847/4546/>>. Acesso em: 21jun.2015.

ARDANT, Philippe. Comment réaménager les pouvoirs du Président et du Premier ministre pour un régime primo-ministériel? *Revue du droit public*, n. 1, p. 247-260, 2002.

_____. L'article 5 et la fonction présidentielle. *Pouvoirs*, n. 41, p. 37-62, 1987. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/L-article-5-et-la-fonction.html>>. Acesso em: 6maio.2016.

ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 28ª ed. Paris: LGDL, 2016-2017.

ÁVILA, Humberto. *Medida provisória na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

AVRIL, Pierre. La séparation des pouvoirs sous la V^e République, rhétorique et pratique. In BAUME, S.; FONTANA, B. (ed). *Les usages de la séparation des pouvoirs*. Paris: Michel Houdiard Editeur, 2008, p. 130-135.

_____. *Les conventions de la constitution*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

_____. Quel équilibre entre exécutif et législatif? *Revue du droit public*, n. 1, p. 268-279, 2002.

_____. Qui fait la loi? *Pouvoirs*, n. 114, p. 89-99, 2005. Disponível em: <10.3917/pouv.114.0089>. Acesso em: 16dez.2015.

_____. Un nouveau droit parlementaire? *Revue du droit public*, n. 1, 2010, p. 121. Disponível em: <Lextenso.fr>. Acesso em: 23jan.2019.

_____. Une revanche du droit constitutionnel ? *Pouvoirs*, n. 49, La V^e République - 30 ans, p. 5-13, 1989. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Une-revanche-du-droit.html>>. Acesso em: 02mar.2018.

AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit parlementaire*. 5ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014.

BALERA, Felipe. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, n. 14, p. 25-52, jul./dez. 2009.

BARANGER, Denis. *Parlementarisme des origines*. Paris: PUF, 1999.

BARANGER, Denis; LE DIVELLE, Armel. Régime parlementaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Paris: Dalloz, 2012, p. 159-193.

BARBERIS, Mauro. La séparation de pouvoirs. In TROPER, Michel ; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*. Paris: Dalloz, 2012, p. 705-732.

_____. Le futur passé de la séparation des pouvoirs, *Pouvoirs*, v. 4, n. 143, p. 5-15, 2012.

BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

BARROS, Sérgio Rezende. *Medidas Provisórias?* Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/medidas---provisorias-.cont>. Acesso em: 23jun.2015.

BAUFUMÉ, Bruno. *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*. Paris: LGDJ, 1993.

BEAUD, Olivier. La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée. *AIDA*, n. 3, p.137, 2013.

BÉCHILLON, Denys de. La vraie nature des ordonnances. In *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009, p. 208-215.

BEDRITICHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da Popularidade ao Impeachment: Medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

BENETTI, Julie. L'avis du parlement, le choix du prince. In *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 351-362.

_____. Le président du groupe majoritaire. *Pouvoirs*, n. 146, p. 33-42, 2013. Disponível em: <10.3917/pouv.146.0033>. Acesso em: 14dez.2015.

BERGOUIGNOUS, Georges. La normalisation de la fonction présidentielle est-elle possible ? In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: Constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 25-42.

BEZZINA, Anne-Charlène; VERPEAUX, Michel. *Textes constitutionnels et politiques*. Paris: PUF, 2018.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 17ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

BOLTON, Alexander; THROWER, Sharece. Legislative Capacity and Executive Unilateralism. *American Journal of Political Science*, v. 60, n.3, p. 649-663, 2016.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 252.

BOTELHO, E. R. Medida provisória - pertinência temática das emendas: impacto do julgamento da ADI 5.127/DF. *Âmbito Jurídico*, v. XX, n. 123, p. 2014-2017, 2017.

BOUDON, Julien. *Le frein et la balance: études de droit constitutionnel américain*. Paris: Mare & Martin, 2010.

BOURMAUD, Daniel. Les V^{es} Républiques: monarchie, dyarchie, polyarchie -variations autour du pouvoir sous la V^e République, *Pouvoirs*, n. 99, p.7-17, 2001. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Les-Ves-Republiques-Monarchie.html>>. Acesso em: 10set.2018.

BOYER-MÉRENTIER, Catherine. La portée des lois d'habilitation. *RFDA online*, n. 12, 2006, p. 686. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 14dez.2015.

BOYRON, Sophie. Royaume-Uni: initiative de la Loi *In* DEROSIER, Jean-Philippe (org). *Les cahiers du ForInCIP*, 3º Forum International sur la Constitution et les Institutions Politiques, Lille, 14, 15 e 16 de setembro 2017. Paris: LexisNexis, 2018, p. 279-295.

BURDEAU, Georges. La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958. *Revue française de science politique*, v. 9, n. 1, p. 87-100, 1959.

_____. *Manuel de Droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª ed. Paris: LGDJ, 1984.

CALABRESI, Steven G.; LARSEN, Joan L., One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel? *Cornell Law Review*, v. 79, n. 5, p. 1045-1157, 1994, p. 1047.

CAMBY, Jean-Pierre. Cinquante ans de droit d'amendement. *Petites affiches*, n. 138, p. 88, 10jul.2008, Disponível em: <Lextenso.fr>. Acesso em: 4dez.2018.

_____. *Le travail parlementaire sous la V^e République*. 5ª ed. Paris: Montchrestien, 2011.

_____. Les limites inhérentes à l'action des pouvoirs publics. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 61-71.

_____. Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des régimes parlementaires contemporains. In DEROSIER, Jean-Philippe; SACRISTE, Guillaume (org). *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014, p. 111-122.

CAMBY, Jean-Pierre; FRAISSEIX, Patrick; GICQUEL, Jean (org). *La révision de 2008: une nouvelle constitution ?* Paris: LGDJ, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPITANT, René. Régimes parlementaires. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris: Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 31-57.

CARCASSONNE, Guy. A propos du droit d'amendement: les errements du Conseil constitutionnel. *Pouvoirs*, n. 41, p. 163-170, 1987. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Journal-A-propos-du-droit-d.htm>>. Acesso em 14jan.2019.

CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*, 14ª ed. Paris: Seuil, 2017.

CAREY, John M.; SHUGART, Matthew. Poder de decreto: Chamando os tanques ou usando a caneta? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 37, v. 13, p. 149-184, jun. 1998.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Tomo II. Paris: Éditions do CNRS, 1962, tome II.

_____. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Econômica, 1984.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, v. 44, n. 191, p. 315-335, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41012717>>. Acesso em: 23jun.2015.

CASASANTA, Mário. *O poder do veto*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1937.

CHAGNOLLAUD, Dominique. *Droit constitutionnel contemporain*. 4ª ed. Tomo I. Paris: Armand Colin, 2005.

CHANTEBOUT, Charles. *Droit constitutionnel et science politique*. 17ª ed. Paris: Librairie Armand Colin, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 2014.

CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CHU, Vivian; GARVEY, Todd. *Executive Orders: Issuance, Modification, and Revocation*. Relatório. Washington: Congressional Research Service, 2014. Disponível em: <http://assets.opencrs.com/rpts/RS20846_20100325.pdf>. Acesso em: 20dez.2018.

CINTRA, Antônio Octávio. *As Ordens Executivas nos Estados Unidos*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 17jun.2018.

CLARK, Giovanni. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 113, p. 153-170, 1992.

CLAUS, Laurence. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 11, set. 2004. Disponível em: <http://digital.sandiego.edu/lwps_public/art11>. Acesso em: 17dez.2018.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez.2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>>. Acesso em: 5fev.2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A atividade legislativa no Estado contemporâneo*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alli. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1195-1206.

COHENDET, Marie-Anne. *Droit constitutionnel*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015.

_____. *Le président de la République*. 2ª ed. Dalloz, Paris, 2012.

COLLIARD, Jean-Claude. L'Élection du premier ministre et la classification des régimes parlementaires. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 517-531.

_____. *La revalorisation des Parlements ?* Actes du colloque du 19 mars 2010. Société de Législation Comparée, Paris: 2010. Collection Colloques v.13, p. 17-25.

_____. Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution ? In *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*. Paris: Dalloz, 2009, p. 121-135.

COLOMER, Josep M. Comparative constitutions. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 217-238.

COMBRADE, Bertrand-Léo. La procédure législative. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 317-328.

COMPARATO, Fábio Konder. A "Questão Política" nas Medidas Provisórias: um estudo de caso". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, v. 31, n. 72, p. 11-24, jan./jun. 2001.

CONAC, Gérard. Pour une théorie du présidentielisme: quelques réflexions sur les présidentielismes latino-américains. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau : le pouvoir*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 115-148.

CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 7^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.

CORREIO, Daniel B. S. O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 2, p. 68-109, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17018>>. Acesso em: 22ago.2018.

COUTO, Cláudio Gonçalves. O avesso do avesso: conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira. *São Paulo Perspec.*, v. 15, n. 4, p. 32-44, 2001. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400005>>. Acesso em: 21jun.2015.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. *Medida provisória: dogmas e realidades*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. Processo Legislativo, Medidas Provisórias e Controle da Constitucionalidade das Leis. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 5, n. 8, p. 101-106, ago. 2009.

CUNHA, Lucas Rodrigues. Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução institucional do Executivo e do Legislativo no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 103, p. 325-355, jun./set. 2012.

DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciência Humanas, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

_____. Poder de decreto e accountability horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*, v. 16, n. 31, p. 143-160, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782008000200011>>. Acesso em: 21jun.2015.

DAMOUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3^a ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997.

DEBBASCH, Charles *et al.* *Constitution V^e République: textes, jurisprudence, pratique*. 5^a ed. Paris: Economica, 2012.

DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no Processo Decisório: Avaliando Sucesso e Fracasso Presidencial. *Dados*, v. 48, n. 2, jun. 2005, p. 333-369. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24jun.2018.

DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. 4^a ed. Paris: PUF, 2016.

_____. La confection de la loi sous la V^e République: pouvoir législatif ou fonction partagé ? *Droits - Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, n. 43, 2006.

_____. Le conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, v.1, jan. 2006. Disponível em: <Dalloz.fr>. Acesso em: 18dez.2015.

_____. Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature. In *Mélanges en hommage à Roland Drago: L'unité du droit*. Paris: Economica, 1996, p. 9-23.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris : Bibliothèque Nationale de France, 2009.

DUHAMEL, Olivier. TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4^a ed. Paris: Seuil, 2016.

DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tomo I. 18^a ed. Paris: PUF, 1990.

_____. *Les parties politiques*. Paris: Librairie Armand Colin, 1951.

DUVERGER, Maurice *et alli*. La V^e République: primauté présidentielle ou fait majoritaire? *Pouvoirs*, n. 4, p.123-131. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/La-Ve-Republique-primaute.html>>. Acesso em: 30ago.2018.

EISENMANN, Charles. L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 163-192.

ESMEIN. Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2001.

FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014.

FAVOREU, Louis. *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1988.

_____. Ordonnances ou règlements d'administration publique ? *RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 686-699, set./out. 1987.

FAVOREU, Louis (org). *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1994.

FAVOREU, Louis et alli. *Droit constitutionnel*. 21^a ed. Paris: Dalloz, 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e governabilidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 123, p. 219-227, 1994.

_____. *Curso de direito constitucional*. 38^a ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

FISHER, Louis. *The law of the executive branch: presidential power*. Nova York: Oxford University Press, 2014.

FOGAÇA, José. Medidas provisórias e imunidade parlamentar. In CARVALHO, Guido Faria de (org.). *Anais do Seminário 15 anos da Constituição Federal Brasileira*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2004, p. 221-235.

FORMERY, Simon-Louis. *La constitution commentée*. 18^a ed. Paris : Hachette, 2015.

FOURNIER, Jacques. Politique gouvernementale: les trois leviers du Président. *Pouvoirs*, n. 41, p. 63-74, 1987.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Bilan Statistique*. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>>. Acesso em: 15dez.2018.

_____. Sénat. *Bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2018*. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r17-510/r17-510_mono.html>. Acesso em: 4dez.2018.

_____. Sénat. *Rapport annuel sur l'application des lois*. Bilan de l'année parlementaire 2012-2013 et perspectives nouvelles. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/r13-623/r13-623_mono.html#toc25>. Acesso em: 4dez.2018, p. 106.

FROMONT, Michel. La justice constitutionnelle en France ou l'exception française In *Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Paris: Economica, 2001.

GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand; OLIVA, Éric; ROUX, André. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2018.

GALIANO, Leonardo de Faria. *As medidas provisórias como veículo indutor de normas tributárias*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

GARDNER, James A. Democracy Without a Net? Separation of Powers and the Idea of Self-Sustaining Constitutional Constraints on Undemocratic Behavior. *St. John's Law Review*, v. 75, n. 2, p. 293-317, 2005. Disponível em: <10.1016/j.jaci.2004.08.035>. Acesso em: 18dez.2018.

GENEVOIS, Bruno. L'application de l'article 38 de la Constitution: un régime juridique cohérent et nullement baroque. *RFDA Online*, n. 4, p. 755, jul./ago. 2018.

GEORGITSIS, Evangelia. La spécificité de la V^e République et les classifications : une opposition fautive. *Revue française de droit constitutionnel*, v. 3, n. 83, p. 543-564, 2010. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-3.htm-page-543.htm>>. Acesso em: 06mar.2019.

GICQUEL, Jean. In DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves (org.). *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992.

GICQUEL, Jean; GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 31^a ed. Paris: LGDJ, 2017.

_____. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 32^a ed. Paris: LGDJ, 2018.

GICQUEL, Jean-Éric. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 35: Ordonnances*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

_____. *JurisClasseur Administratif. Fasc. 102: Parlement*. Disponível em: <Lexis360.fr>. Acesso em: 06mar.2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O presidencialismo brasileiro: síntese histórica e conceitual. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 2, n. 12, p. 13739-13788, 2013.

_____. As Ordens Executivas no Presidencialismo Norte-Americano. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 138, p. 13-27, jun. 2015.

GOUVEIA, Luiz Antônio Sampaio. *Rejeição da medida provisória, conflito entre poderes e vácuo legislativo*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, n. 17, p. 75-106, nov. 2001.

_____. *O veto presidencial no Brasil: 1946-1964 e 1990-2000*. 2003. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ, 2003.

GROVE, J. W. Reino Unido. In DJORDJEVIC, Jovan *et al.* *O papel do Executivo no Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959.

GUARNIERI, Carlo. La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 287-320.

GUILLAUME, Gilbert. Les dysfonctionnements de la V^e République: une dyarchie virtuelle au sein de l'exécutif In *Mélanges Patrice Gélard*. Paris: Montchrestien, 1999, p. 161-168.

GURGEL, John Kennedy de Oliveira. *O controle de constitucionalidade de medidas provisórias quanto ao dispositivo de vedação de abertura de créditos extraordinários*. 2008. Monografia (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasília, 2008.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist nº 73 - The Provision for the Support of the Executive, and the Veto Power*. Disponível em <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-73>>. Acesso em: 29maio2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James. *The Federalist nº 51 - The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-51>>. Acesso em: 29maio.2018.

_____. *The Federalist nº 62 - The Senate*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-62>>. Acesso em: 29maio.2018.

HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 37^a ed. Paris: LGDJ, 2016.

HARIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2015.

HAYWARD, Jack. Un premier ministre, pour quoi faire? *Pouvoirs*, n. 83, p. 5-20, 1997. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Un-Premier-ministre-pour-quoi.html>>. Acesso em: 2mar.2018.

HETSPER, Rafael Vargas. O poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 49, n. 193, p. 215-226, jan./mar. 2012.

HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175791>>. Acesso em: 21maio2019.

HOWELL, William G. Executives: the American Presidency. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 303-322.

JACOBSEN, Helen Letícia Grala. *Interação estratégica entre os poderes executivo e legislativo: as medidas provisórias editadas nos mandatos de Lula e Dilma (2003-2014)*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2016.

JALES, Luciano César D. *O contexto das medidas provisórias na produção legislativa*. 2009. Monografia (Especialização em Administração Legislativa) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2009.

JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie : théorie juridique de l'État. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2005.

JOHNSON, Dawn E. Judicial Supremacy Two Centuries After Marbury: The President and The Congress and the determination of constitutional meaning. In ZOLLER, Élisabeth (org). *Marbury v. Madison: 1803-2003 – Un dialogue franco-américain*. Paris: Dalloz, 2003. Actes du colloque organisé les 28 et 1 mars 2003 par le centre de droit américain de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, p. 197-213.

JUILLARD, Patrick. A propos d'un arrêt de la Cour Suprême : mort du veto législatif aux États-Unis, *Pouvoirs*, n. 29, p.75-88, 1984. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/A-propos-d-un-arret-de-la-Cour.html>>. Acesso em: 2out.2018.

KAGAN, Elena. Presidential administration. *Harvard Law Review*, v. 114, p. 2245-2385, 2001.

KELLY, Richard. *Fixed-term Parliaments Act 2011*. Researchbriefings.parliament.uk. Disponível em: <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06111>>. Acesso em: 5jun.2018.

LA SALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. E-book. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006.

LAFERRIÈRE, Julien. Le pouvoir réglementaire du président des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 275-320.

LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges*. Paris: Dalloz, 2005.

LAPORTE, Mathilde e MICHAUD, Maud. *Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis* : présentation et traduction de l'executive order du 27 janvier 2017. Disponível em <blog.juspoliticum.com>. Publicado em: 5fev.2017. Acesso em: 27mar.2018.

LASCOMBE, Michel. Le soleil a rendez-vous avec la lune: quel réaménagement des pouvoirs entre le Président de la République et le Premier ministre? *Revue du droit public*, n. 1, p. 234-246, 2002.

LAUVAUX, Philippe; LE DIVELLE, Armel. *Les grandes démocraties contemporaines*. 4^a ed. Paris: PUF, 2015.

LE DIVELEC, Armel. Constitution Juridique, Système de gouvernement et système politique. In *Vies politiques: Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*. Dalloz: Paris, 2018, p. 77-97.

_____. La chauve-souris: quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République. In *Mélanges Pierre Avril: La République*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 349-362.

_____. Parlementarisme négatif et captation présidentielle: la démocratie française dans la 'cage d'acier' du présidentielisme. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 73-87.

LE POURHIET, Anne-Marie. *Les ordonnances : la confusion des pouvoirs en droit public français*. Paris: LGDJ, 2011.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

LEBOS-LE POURHIET, Anne-Marie. In DUHAMEL, O. e MÉNY, Y. (org). *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, p. 679.

LEMAIRE, Eliana. *La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire*. Disponível em: <blog.juspoliticum.com>. Publicado em: 5jul.2017. Acesso em: 27mar.2018.

LEROYER, Séverine. *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République*. Paris: Dalloz, 2011.

LETHUILLIER, Guillaume. *La législation déléguée - Journée d'étude du 6 juin 2014*. Paris: Société de Législation Comparée, 2014.

_____. La ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. *Petites Affiches*, n. 212, p. 9, 23 octobre 2009.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*. Working Paper n. 131, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18jan.2018.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2018.

LUCHAIRE, François. *Le juge constitutionnel en France et aux États-Unis*. Paris: Economica, 2002.

MACCABIANI, Nadia. *La conversione dei decreti legge davanti ala Camera dei deputati*. Brescia: Promodis Italia Editrice, 2001.

MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: Os Efeitos Não Antecipados da EC 32 nas Relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Medida Provisória e Segurança Jurídica. In: ROCHA, C. L. A. (ed.). *Constituição e Segurança Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 261-264.

MADISON, James. *The Federalist nº 47 - The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-47>>. Acesso em: 29maio.2018.

_____. *The Federalist nº 48 - These Departments Should Not Be So Far Separated as to Have No Constitutional Control Over Each Other*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-48>>. Acesso em: 29maio.2018.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 170, p. 235-243, 2006.

MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MASSOT, Jean. *La Présidence de la République en France*. Paris: La Documentation Française, 1977.

MATHIEU, Bertrand. Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances. *RFDA - Revue française de Droit Administratif*, v. 3, n. 5, p. 700-722, set./out., 1987.

_____. *Les validations législatives*. Paris: Economica, 1987.

MAUGUIN HELGESON, Murielle. *L'élaboration parlementaire de la loi: étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*. Paris: Dalloz, 2006, p. 486.

MAUS, Didier. *Études sur la constitution de la V^e République*. Paris: Les Éditions STH, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÉNY, Yves; SUREL, Yves. *Politique comparée - les démocraties: Allemagne, États-Unis, France, Grand Bretagne, Italie*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 2001.

MESNARD, A-H. Ordonnances, lois d'orientation ou lois cadres ? *Revue du droit public*, n. 4, p. 1073-1080, jul./ago. 1982.

MONTALIVET, Pierre de. La ratification des ordonnances. *Petites affiches*, n. 254, p. 59, 19 décembre 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTIS, Audrey de. La séparation des pouvoirs sous la V^e République : de la prééminence à la tempérance de l'organe exécutif. In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018.

MOPIN, Michel. Diriger le parlement. *Pouvoirs*, n. 83, p. 41-58, 1997. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Diriger-le-Parlement.html>>. Acesso em: 2fev.2018.

MORABITO, Marcel. *Histoire Constitutionnelle de la France*. 13ª ed. Paris: LGDJ, 2014.

_____. *Le chef de l'Etat en France*. 2ª ed. Paris : Montchrestien, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MOULIN, Richard. *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978.

MOUTON, Stéphane. Les mécanismes de légitimation des juges dans l'Histoire de France. In BIOY, Xavier; HOURQUEBIE, Fabrice. *Constitutions, justice et démocratie*. Paris: L'Harmattan, 2010.

NASCIMENTO, Rogério J. B. Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEUSTADT, Richard E. *Poder presidencial e os presidentes modernos*. Brasília/São Paulo: Enap/Unesp, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 18, p. 355-374, ago./nov. 1997. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/documento/?arquivo=Independencia+dos+poderes+no+regime+de+mocratico+e+as+exigencias+da+sociedade+hodierna+-+RIPE.pdf&tipo=p2603>>. Acesso em: 21jan.2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Álvaro Ayres de. *Medida provisória e crédito extraordinário: excesso de democracia ou crime de responsabilidade?* Brasília: Senado Federal, s.d.

OLIVEIRA, Edson Freitas de. *Medidas provisórias: a solução está próxima?* Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19918/Medidas%20provis%C3%B3rias.pdf>>. Acesso em: 21jan.2017.

OLIVEIRA, Magali Carvalho A. de. *Medidas provisórias e a relação executivo X legislativo: uma visão do sobrestamento da pauta*. 2009. Monografia (Especialização em Instituições e Processos Políticos) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009.

OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, n. 173, p. 285-301, 2007.

Os campos de concentração para japoneses no centro do debate sobre o veto a migrantes muçulmanos nos EUA. *BBC News Brasil*. 27jun.2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44618310>>. Acesso em: 5jan.2019.

PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

_____. Executive Decree Authority and Lawmaking Environment in Brazil: A Broader View of Provisional Measures. *Statute Law Review*, v. 36, n. 3, p. 233-252, 2015.

PAUPÉRIO, A. Machado. Relações entre os poderes Legislativo e Executivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 17, p. 111-180, jul./set. 1980, p. 117.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J. e RENNÓ, Lúcio. Agenda Power, Executive Decree Authority, and the Mixed Results of Reform in the Brazilian Congress. *Legislative Studies Quarterly*, v. XXXXIII, n. 1, p. 5-33, fev. 2008.

PERI, Alexandra. *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*. Paris: LGDJ, 2008.

PEZANT, Jean-Louis. De la mise en œuvre des constitutions: l'exception française. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel : constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008, p. 409-417.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIMENTEL, Carlos Miguel. *La main invisible du juge: l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*. 2000. Tese (Doutorado em Direito Público) – Université Paris 2 Panthéon-Assas, Paris, 2000.

PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *RAP Revista de Administração Pública*, v. 45, n. 6, p. 1733-1759, 2011.

PIRES, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. Controle de constitucionalidade dos decreti-legge: uma experiência italiana. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 97-106, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/611>>. Acesso em: 16jul.2017.

POLETTI, Ronaldo. *A constituição de 1934*. Brasília: Senado Federal, 2004, Col. Constituições Brasileiras, vol. III, p. 33.

PONTHOREAU, Marie-Claire. Le président de la République: une fonction à la croisée des chemins, *Pouvoirs*, n. 99, p. 33-44, 2001. Disponível em: <10.3917/pouv.099.0033>. Acesso em : 16dez.2015.

PORTELLI, Hugo. Les ordonnances : les raisons d'une dérive. *Droits*, n. 44, 2007.

POWER, Timothy J. The pen is mightier than the Congress: presidential decree power in Brazil. In CAREY, John M.; SHUGART, Matthew (ed.). *Executive decree authority*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 197-230.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. *Direito Natural e Direito Positivo*. Saraiva: 1984.

_____. Subterrâneo da Medida Provisória. *O Estado de São Paulo*, de 7jul.2001, pág. A2.

REIS, Cláudio Rocha. *Juízo de admissibilidade das medidas provisórias no Congresso Nacional: o Princípio da Fungibilidade na Recepção das Medidas Provisórias*. 2014. Monografia (Especialização em Direito Legislativo) – Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014.

RENOUX, Thierry S. Comentário sobre a decisão. *Jurisprudence du Conseil constitutionnel. RFDC*, n. 18, p. 353-364, 1994.

_____. La "doctrine Gicquel": le Conseil constitutionnel, expression du pouvoir juridictionnel. In *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel: constitutions et pouvoirs*. Paris: Montchrestien, 2008.

REZENDE, Renato Horta; LIMA, Eduardo Martins de. A determinação executiva na atividade típica legislativa no Brasil. *Justiça do Direito*, v. 30, n. 3, p. 542-573, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i3>>. Acesso em: 16jul.2017.

RIALS, Stéphane. Régime "congressionnel" ou régime "présidentiel" ? Les leçons de l'histoire américaine, *Pouvoirs*, n. 29, p. 35-47, 1984, Les États-Unis. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Regime-congressionnel-ou-regime.html>>. Acesso em: 02out.2018.

ROCHA, Antônio Sérgio Carvalho. Ingovernabilidade versus Estado constitucional: judiciário e crise dos poderes numa perspectiva política. In BITTAR, Eduardo C. B. *História do Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 424-446.

ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015.

ROSE, Richard. Présidents et Premiers ministres : éléments de comparaison *Pouvoirs*, n. 41, p.5-25, 1987. Disponível em: <<https://revue-pouvoirs.fr/Presidents-et-Premiers-ministres.html>>. Acesso em 2dez.2015.

ROUSSEAU, Dominique; GAHDOUN, Pierre-Yves; BONNET, Julien. *Droit du contentieux constitutionnel*. 11ª ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

RUEDA, Frédérique. *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel: les exemples français, allemand et espagnol*. Paris: LGDL, 2000.

SAINT-BONNET, François. L'autre séparation des pouvoirs de Montesquieu. In PARIENTE, A. *La séparation des pouvoirs: théorie contestée et pratique renouvelée*. Paris: Dalloz, 2007, p. 59-64.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SANTI, Marcos Evandro Cardoso. Medida provisória e sobrestamento de pauta: uma combinação restritiva dos poderes do Congresso Nacional. In DANTAS, Bruno. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 1-19. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/medida-provisoria-e-sobrestamento-de-pauta-uma-combinacao-restritiva-dos-poder>>. Acesso em: 21jan.2017.

SANTOS, Lucas Custódio. *Medidas Provisórias no STF: entre a política e a jurisdição*. 2017. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/publication/medidas-provisorias-no-stf-entre-a-politica-e-a-jurisdicao/>>. Acesso em: 28dez.2018.

SANTOS, Luiz Alberto. *MP: patinho feio do processo legislativo*. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/25238-mps-patinho-feio-do-processo-legislativo>>. Acesso em: 1.jul.2017.

SAUVÉ, Jean-Marc, *La législation déléguée - Journée d'étude du 6 juin 2014*. Paris: Société de Législation Comparée, 2014.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SENADO FEDERAL. *Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 5 de 2015*.

SENADO FEDERAL. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Nota Técnica de adequação financeira e orçamentária da MP 384/2007. 25 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2007/MP%20384-2007%20-%20Nota%20Tecnica%20-SF.pdf>>. Acesso em: 27mar.2018.

SHANE, Peter M. Analyzing constitutions. In RHODES, R.A.W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (org.). *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Nova York: The Oxford University Press, 2006, p. 191-216.

SILVA, Adriano da Nóbrega. *Medidas Provisórias: Delegação Legislativa e Lógica Partidária na Câmara dos Deputados (1988 a 2010)*. 2015. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Rafael Silveira e. *Construindo e gerenciando estrategicamente a agenda legislativa do executivo: o fenômeno da Apropriação*. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely M. V. G. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos agenda holders no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia Política*, v. 21, n. 48, p. 19-50, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000400002>. Acesso em: 21jun.2015.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SOARES, Marcos Antonio Striquer. O veto: controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário? *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 159, p. 241-251, jul./set. 2003.

SOUSA, Alexandre Trindade de. *Medidas provisórias e pertinência Temática: a importância do controle do “contrabando” legislativo como garantia da higidez da produção normativa infraconstitucional*. 2015. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília. 2015.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STEINMETZ, Wilson. O uso da medida provisória antes da emenda constitucional 32/2001 e o princípio democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 237, p. 143-164, jul./set. 2004, p. 16.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Medidas provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003.

TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 176, p. 1-28, abr./jun. 1989, p. 19.

TEMER, Michel. *Decisão do Presidente de inadmitir emendas estranhas ao núcleo material das medidas provisórias*, 2009. Disponível em: <<http://camara.leg.br>>. Acesso em: 25jul.2017.

TOULEMONDE, Gilles. *Section 2 – Le conseil constitutionnel: un acteur renouvelé de la délibération ? La délibération après la révision constitutionnelle de 2008*. Actes de la journée de la Commission de la Jeune Recherche Constitutionnelle, Rouen, 7 de novembro de 2013, p.101-118.

TROPER, Michel. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: Dalloz, 2015.

_____. La signature des ordonnances : fonctions d'une controverse, *Pouvoirs*, n. 41, p.75-91, 1987.

_____. La V^e République et la séparation des pouvoirs. In La V^e République: des institutions libérales? *Droits – Revue Française de Théorie, de Philosophie et de culture juridiques*, n. 43, p. 33-44, 2006.

_____. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

TUNC, André. Le couple Président-Congrès dans la vie politique des États-Unis d'Amérique. In *Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Paris: LGDJ, 1977, p. 561-572.

TÜRK, Pauline. Le premier ministre, clef de voûte ou soliveau? In CHAGNOLLAUD de Sabouret, Dominique; MONTAY, Benoît. *Les 60 ans de la Constitution 1958-2018*. Paris: Dalloz, 2018, p. 183-200.

TUSSEAU, Guillaume. La législation déléguée. In TROPER, Michel; CHAGNOLLAD, Dominique. *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*. Tomo II. Paris: Dalloz, 2012, p. 605-657.

VALE, Juliana Carla de Freitas do. *Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK Editora, 2004.

VALLETE, Jean-Paul. *La dynamique du pouvoir exécutif sous la V^e République*. 1993. Tese (Doutorado em Direito Público) – Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1993.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2002.

VERGELY, Daniel. L'équilibre des pouvoirs: une utopie constitutionnelle. *Revue du droit public*, n. 4, p. 1451, 2009.

VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel français*. 2^a ed. Paris: PUF, 2015.

_____. *Les relations juridiques entre les pouvoirs exécutif et législatif*. Université Numérique Juridique Francophone. Disponível em: <<https://cours.unijf.fr>>. Acesso em: 16jul.2018.

VERPEAUX, Michel; MONTALIVET, Pierre de; ROBLOT-TROIZIER, Agnès; VIDAL-NAQUET, Ariane. *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*. 2^a ed. Paris: PUF, 2017.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. *O Supremo Tribunal Federal e o controle jurisdicional da atuação do poder legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, 2007.

VINTZEL, Céline. La démocratie immédiate et la trilogie des pouvoirs in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*. Paris: Dalloz, 2014.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. *Boston College Law Review*, v. 54, n. 2, p. 433-468, 2013, Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>>. Acesso em: 11dez.2017.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>>. Acesso em: 29ago.2018.

WALINE, Marcel. Quelques réflexions sur les institutions de la V^e République. *Revue du Droit Public*, p. 597-601, 1982.

WALLER, Harold M.; GODBOUT, Jean-François. Le Congrès. In FORTMANN, Michel; MARTIN, Pierre. *Le système politique américain*. Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 92-122.

WILSON, Woodrow. *Congressional Government: A Study in American Politics*. E-book. 2011. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/3/5/8/6/35861/>>. Acesso em: 22ago.2018.

YOO, John Choon. War and the Constitutional Text. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 4, Fall 2002. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=426862>. Acesso em 17jan2019.

ZOLLER, Élisabeth. *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*. Paris: Dalloz, 2011.

_____. *Introduction au droit public*. 2^a ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 198.

_____. *Le droit des États-Unis*. Paris: PUF, 2001.

_____. *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*. Paris: Dalloz, 2010.